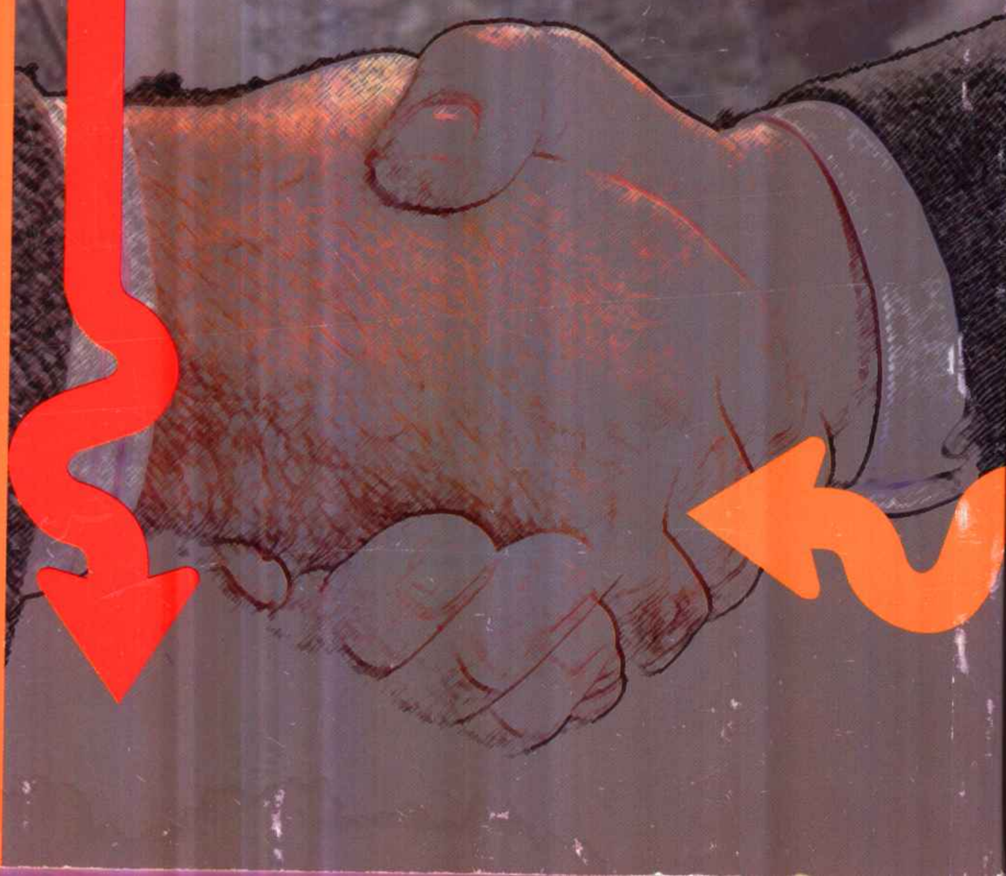
تصویر ابو عبد الرحمن الكردي

دکتر قاسم شعبانی

تعیین خسارت در قراردادها و تعهدات

تحقیقی تطبیقی در حقوق کشورهای ایران، آمریکا و انگلیس
در خصوص تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد



بسم الله الرحمن الرحیم

تعیین خسارت در قراردادها و تعهدات

(تحقیقی تطبیقی در حقوق کشورهای ایران، آمریکا و انگلیس
در خصوص تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد)

دکتر قاسم شعبانی

انتشارات اطلاعات
تهران - ۱۳۸۵

سرشناسه: شعبانی، قاسم، ۱۳۴۰ـ
عنوان و پدیدآور: تعیین خسارت در قراردادها و تعهدات (تحقیقی تطبیقی در حقوق کشورهای ایران، آمریکا و انگلیس درخصوص تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد) / قاسم شعبانی.
مشخصات نشر: تهران: اطلاعات، ۱۳۸۵.
مشخصات ظاهری: ۳۷۲ ص.
شابک: 978-964-423-641-9
یادداشت: فیپا
یادداشت: واژه‌نامه.
یادداشت: کتابنامه: ص. ۳۵۷ـ۳۶۸.
موضوع: نقض قرارداد ـ مطالعات تطبیقی.
موضوع: خسارت ـ قوانین و مقررات ـ ایران.
موضوع: سقوط تعهدات ـ مطالعات تطبیقی.
موضوع: نقض قرارداد ـ ایران.
موضوع: سقوط تعهدات ـ ایران.
رده‌بندی کنگره: ۷ ت ۷ ش / K ۸۷۷
رده‌بندی دیویی: ۳۴۶/۰۲۲
شماره کتابخانه ملی: ۳۴۳۴۳ـ۸۵م

انتشارات اطلاعات

تهران: خیابان میرداماد، خیابان نفت جنوبی، روزنامه اطلاعات، شماره پستی ۱۵۴۹۹۵۱۱۹۹
تلفن: ۶ـ۲۹۹۹۳۴۵۵ تلفن دفتر توزیع و فروش: ۲۹۹۹۳۲۴۲
فروشگاه مرکزی: خیابان انقلاب اسلامی، روبروی دانشگاه تهران، تلفن: ۶۶۴۶۰۷۳۴

تعیین خسارت در قراردادها و تعهدات

نوشتهٔ دکتر قاسم شعبانی

صفحه‌پرداز: فاطمه حلوائی طراح روی جلد: رضا گنجی

حروف‌نگاری، چاپ و صحافی: مؤسسه اطلاعات

چاپ اول: ۱۳۸۵ شمارگان: ۲۱۰۰ نسخه
قیمت: ۲۴۰۰ تومان

شابک: ۹ـ۶۴۱ـ۴۲۳ـ۹۶۴ـ۹۷۸ ISBN: 978-964-423-641-9

فهرست مطالب

مقدمه

بی تردید جهان در شتاب و جهشی که هم اکنون در خصوص توسعه و گسترش روابط تجاری، اقتصادی، اجتماعی و غیره، برداشته است نه تنها متوقف نخواهد شد، بلکه هر روز بردامنه آن در ابعاد مختلف خواهد افزود. خصوصاً روند رو به رشد مبادلات بازرگانی و تجاری و بویژه توسعه روز افزون ابعاد بین‌المللی آن، نیاز بازرگانان و صاحبان حرف مختلف تولیدی و صنعتی را به تدوین و تقنین مقررات حقوقی مناسب و قابل اعمال در سطح بین‌المللی از سوی مراجع قانونگذار داخلی و بین‌المللی آشکارتر نموده است.

بخوبی روشن است که فزون‌طلبی نسل بشر در هیچ مقطعی متوقف نشده و در آینده نیز تصور آن خیالی بیش نیست. دست‌اندازی آدمیان در اموال دیگران و انگیزه کسب منافع بیشتر، همواره با کاسته شدن منافع دیگران و در موارد عدیده‌ای توأم با ایراد خسارت در دارایی و منافع مادی و معنوی سایرین خواهد بود.

لذا، همان گونه که بشر در امتداد تحولات اجتماعی و پدیدار شدن روابط و پدیده‌های جدید در عرصه مبادلات و معاملات، روند معقول و ضروری تدوین مقررات را تاکنون بخوبی تعقیب نموده و به تناسب نیازهای عصر خود، قواعد و راهکارهای لازم را طراحی نموده است، در آینده نیز نباید اندکی در پیمودن این راه تردید و تعلل ورزد.

مطالعه تاریخ حقوق نشان می‌دهد که مؤلفان و دانشمندان علوم اجتماعی بویژه

صاحب‌نظران علم حقوق گامهای مهم و مؤثری در راستای تنظیم قواعد و مقررات مربوط به جلوگیری از ایراد خسارت به دیگران و ممانعت از نقض تعهداتی که منجر به آن می‌شود برداشته‌اند. اصولی نظیر، اصل لزوم وفای به عهد، اصل لزوم جبران خسارت و نظایر آن چنان مورد حمایت و تأیید آن دسته از دانشمندان قرار گرفته است که امروزه هیچ قانون و مقرره‌ای وضع نمی‌شود مگر آنکه در چارچوب و قالب آن اصول بگنجد.

از سوی دیگر، رویه‌ها و آرای فراوان قضائی صادره از جانب محاکم دادگستری و داوری داخلی و بین‌المللی نشان می‌دهد که بخش مهمی از آنها در جهت تحکیم تعهدات و تضمین قراردادها صورت گرفته و تا آنجا که ممکن بوده، از زیان دیده حمایت شده است.

مع‌الوصف تخلف از اجرای تعهدات امری نیست که با تدوین مقررات هر چند جامع و کامل و یا برخورد جدی محاکم قضائی بکلی ریشه‌کن گردد. پاره‌ای از آنها گریز ناپذیر بوده و آنچه تاکنون در جهت جلوگیری از تخلفات انجام شده است، به هیچ وجه کارساز و راهکار قطعی و نهایی نخواهد بود. بلکه به نظر می‌رسد آنچه در این زمینه باید مدنظر متفکران و مؤلفان صاحب‌نظر قرار گیرد، ارائه راهکارهای عملی و سودمند در جهت حمایت کامل و بی‌نقص از زیان دیده باشد. شکی نیست که بسیاری از اشخاص به‌رغم وجود اصول و مقررات مربوطه، منافع خود را پس از انعقاد قرارداد در تخلف از آن و یا عدم اجرای صحیح آن می‌بینند. لذا بیشترین تلاش و حمایت باید در جهت منافع اشخاص زیان‌دیده و خصوصاً جبران واقعی و کامل خسارات وارده بر آنها متمرکز گردد.

به منظور تأمین این نیاز اجتماعی و اقتصادی بشر، پاره‌ای از قواعد ماهوی همراه با قواعد تکمیلی که مکمل اراده طرفین قراردادها بوده و با ارج نهادن به اراده متعاهدین علاوه بر تأمین رضایت خاطر، نهایتاً در صورت بروز تخلف و ایراد خسارت، نقش جبران کنندگی لازم را ایفاء می‌کنند. یکی از راهکارهای مناسب در این زمینه که از سابقه زیادی هم برخوردار است، شرط وجه التزام در قراردادها و تعهدات است. شرط مزبور به علاوه ضمانتهای اجرایی دیگری که در عقود و قراردادها متداول است سالیان متمادی است که مطمع نظر نویسندگان بوده و تحقیقات مناسب و مطلوبی پیرامون آنها صورت گرفته است.

لیکن کتاب حاضر در پاسخ به نیازی که فوقاً اشاره شد و نیز به منظور رفع پاره‌ای ابهامات و شبهات از چهره مسائل مشابه، یکی دیگر از شروط تضمین کننده قراردادها را که شباهت فراوانی با شرط وجه‌التزام نیز دارد مورد مطالعه و بررسی قرارداده است. این شرط که از آن به «تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد» یاد کرده‌ایم تاکنون در هیچ تحقیق و نوشته‌ای مورد بحث و بررسی واقع نشده است. لذا آنچه در صدر اهداف این کتاب قرار دارد، نخست تشریح و تبیین همین شرط است که به منزله یك ضمانت اجرای قراردادی در تعهدات و عقود مورد توافق متعاهدین قرار می گیرد و طبعاً پس از شناخت علمی و دقیق ماهیت و آثار آن اشخاص می توانند با درج آن در عقود و قراردادها شرایط جدیدی را ایجاد کنند. به علاوه، هدف دیگری که در این کتاب دنبال شده است، تمییز و تفکیك شرط مورد بحث از سایر شروط و ضمانتهای اجرایی مشابه نظیر وجه‌التزام است که به نوبه خود ضمن برداشته شدن غبار از چهره شرط وجه‌التزام و غیره، ثمرات، آثار و تفاوتهای این شروط نیز بخوبی آشکار شده‌اند.

تعهدات و قراردادها زمانی برای طرفین قرارداد دارای ارزش مطلوب و واقعی هستند که از ضمانت اجرای مناسب و کار آمدی برخوردار باشند. از دیرباز برای اینکه متعهد را ملزم به اجرای تعهد کنند و هوس نقض قرارداد به خیال او خطور نکند، شیوه‌های مختلفی مثل اخذ وثیقه و رهن، وجه التزام و... در ضمن قراردادها متداول شده است. اما هریك از آنها ضمن اینکه کاربرد خاص خود را دارا می‌باشند، به دلیل وجود اشکالاتی در ماهیت و کارکرد آنها، به تنهایی همهٔ اهداف مورد نظر و مطلوب طرفین را تأمین نمی کنند. خصوصاً با توجه به اختلاف دیدگاهها و نظامهای حقوقی در موارد مزبور، نیاز به طرح شیوه‌ای جدید و طبعاً مبتنی بر مطالعه و تحقیق جامع‌تر، بویژه با طرح گونه‌ای از آن که در نظامهای مختلف حقوقی متمدن جهان از اعتبار یکسان و مشابه‌ای نیز برخوردار باشد، بخوبی آشکار و محسوس می نماید.

چنین به‌نظر می‌رسد که برای دستیابی به اهدافی نظیر:

۱ـ تضمین حقیقی و مطابق با واقع قرارداد،

۲ـ جبران واقعی و عادلانه خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهد،

۳ـ تسهیل امر دادرسی با توجه به روشن بودن پیشاپیش نتایج حاصله از تخلف و نقض عهد،

۴ـ کاهش منازعات و اختلافات فیمابین اشخاص در روابط مالی و بازرگانی،

۵ـ ایجاد نظامی هماهنگ و رویه‌ای واحد و معتبر در تمامی نظامهای حقوقی متمدن جهان،

هرگاه طرفین تعهد یا قراردادی برای جبران خسارات ناشی از نقض عهد، قرارداد یا شرطی ضمن عقد اصلی منعقد نمایند که مطابق با آن حل و فصل نزاع نمایند، از ارزش و کارکردی برخوردار خواهدبود که در هیچ‌یك از موارد مشابه، تمامی آن اهداف یافت نشود. «تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد» که معمولاً به صورت شرط ضمن عقد و با ماهیت شرط فعل می‌تواند مورد استفاده و توجه متعاهدین قرار گیرد، تا میزان قابل توجهی نیازها و اهداف پیش گفته را برآورده خواهدساخت. کتابی که در پیش روی داریم، اولاً نگاهی به انواع ضمانت اجراها دارد تا مختصری از آنچه در این خصوص گفته شده است روشن شود. علاوه بر آن جایگاه اصلی شرط مورد بحث و ماهیت آن در مقایسه با موارد مشابه آشکارتر گردد. ثانیاً حدود اعتبار و ارزش آن در نظامهای مختلف حقوقی، مورد تحقیق و مطالعه قرار گرفته است. ثالثاً آثار و تبعات آن با عنایت به اختلاف نظامهای حقوقی در خصوص موارد مشابه آن، نظیر وجه التزام، شرط جزایی، حق حبس، اجبار به اجرای عین تعهد و غیره بررسی شده است. رابعاً نظر به اینکه ممکن است نهایتاً در خصوص همین شرط و قرارداد هم نزاع و اختلافی بروز کند، لذا مقررات حاکم بر آن و صلاحیت محاکم رسیدگی کننده به دعوای ناشی از آن هم به اقتضای حوصله و ضرورت بحث، مورد توجه قرار گرفته است.

امید است این تحقیق نیز بتواند گامی هر چند کوچك اصحاب کاروان علم و معرفت را جهت نیل به اهداف عالیه آن جلوتر برده و نیز توشه‌ای باشد برای نگارنده آن تا در روز حساب پاداشی از جانب پروردگار بزرگ جهان را سزاوار گردد.

در پایان برخود فرض می‌دانم که از استادان ارجمندم حضرات آقایان مرحوم دکتر مهدی شهیدی رضوان الله تعالی علیه، جناب دکتر سید مصطفی محقق داماد، جناب دکتر

مرتضی نصیری و جناب دکتر عیسی تفرشی که در تدوین و تکمیل این اثر، حقیر را مورد لطف و راهنمایی و مساعدت قرار داده‌اند، کمال تشکر و سپاسگزاری را داشته باشم. به‌علاوه از همسر گرامی‌ام که در طول تألیف و تدوین این اثر و نیز سالیان متمادی تحصیل و تحقیق، بار سنگین مسئولیت خانواده را بر دوش داشته و با نهایت اخلاص و صداقت و همت، تلاش و همکاری و همراهی کرده‌اند، صمیمانه تشکر و قدردانی کنم و برای ایشان نیز که خود از اصحاب علم و دانش و تحقیق‌اند، آرزوی سعادت و سربلندی بنمایم.

قاسم شعبانی

مهر ـ ۱۳۸۵

فصل اول

تحدید موضوع و تبیین عناصر آن

طرح بحث

به منظور نیل به مقصد اصلی که تشریح و تحلیل ماهیت حقوقی و آثار «تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهدات» می‌باشد، لازم است ابتدا مختصری از عناصر مندرج در عنوان را مورد بحث قراردهیم. به همین منظور واژه‌ها و عباراتی مثل تعهد و انواع آن، نقض قرارداد یا تخلف از اجرای تعهدات، ضمانت اجرای تعهدات، معنا و اقسام خسارات ناشی از نقض تعهدات در این فصل مورد بحث و مطالعه قرار می گیرند.

به علاوه، برای اینکه جایگاه اصلی و ماهیت دقیق موضوع کتاب را مورد شناسایی و بررسی قراردهیم، لازم است موارد مشابه و موضوعات نزدیک به آن را مورد ارزیابی و تحلیل قراردهیم تا هویت و حقیقت موضوع آشکارتر گردد. لذا چنین به نظر می‌رسد، یکی از مهم‌ترین مباحث این فصل مطالعه انواع ضمانت اجراهایی است که در عقود و قراردادها مطرح و مدنظر می‌باشند. چرا که اگرچه موضوع تعیین قراردادی خسارت به ظاهر از جمله مباحث

مربوط به شروط تلقی می‌شوند، اما اولاً ممکن است این امر به صورت قرارداد مستقلی نیز منعقد شود. ثانیاً آنچه مسلم است، این امر همانند وجه التزام یا سایر حقوق و اختیاراتی که یا به موجب قانون و یا طبق قرارداد به رسمیت شناخته می‌شوند دارای نقش ضمانت اجرا در قراردادها بوده و در همین قالب ایفای نقش می کند. بنابراین تحلیل و بررسی موضوع انواع ضمانت اجرا در این فصل، برای شناخت بیشتر عنوان اصلی از اهمیت بسزایی برخوردار است.

مبحث اول ـ مشخصات تعهد، انواع تعهدات و لزوم اجرای آن

بدیهی است که مباحث اصلی تعهدات، شامل ماهیت تعهد، موضوع تعهدات، منابع تعهدات، اجرای تعهدات، سقوط تعهدات، آثار تعهدات و مباحثی از این قبیل می‌باشد. اما بی‌تردید نه ما در صدد بحث و بررسی نظریه تعهدات و مباحث مربوط به آن هستیم و نه در حوصله این کتاب است که به بخشهای مهم آن بپردازیم. لیکن برای اینکه دیدگاه و مشی نگارنده برای خوانندگان گرامی در خصوص پاره‌ای نکات مهم و برجسته تعهدات که مرتبط با موضوع اصلی این کتاب هم می‌باشد روشن گردد، لازم است نکاتی چند درخصوص تعریف، ماهیت و اوصاف اصلی تعهدات بیان شود.

همچنین طی دو گفتار جداگانه، به انواع تعهدات و اصل لزوم اجرای تعهدات خواهیم پرداخت.

گفتار اول ـ تعریف، ماهیت و اوصاف تعهد

بند اول ـ تعریف تعهد

تعهد مأخوذ از واژه عهد و از باب تفعل در زبان عربی است که در لغت به معنای وصیت، سوگند، غم‌خواری، قول و پیمان، حفاظت و نگهداری، تیمارداشتن، امان و

ذمه و... آمده است.[۱]

تعریف تعهد در هیچ یك از مقررات مدنی ایران آورده نشده است. لیکن فقهاء و حقوقدانان مسلمان ایرانی[۲] و کشورهای عربی[۳] و همچنین حقوقدانان غربی[۴] هریك تعریفی از تعهد کرده‌اند که‌صرف‌نظر از اختلافات و تفاوتهای فیمابین آنها چنین استنباط می‌شود، به دلیل روشن بودن مفهوم و معنای آن، اغلب به اوصاف و عناصر تعهد پرداخته‌اند. درهرحال به‌رغم وضوح و روشنی مفهوم تعهد، به نظر می‌رسد حداقل در این کتاب بی‌نیاز از تعریف و تشریح مفهوم تعهد نیستیم و لازم است به‌طور مختصر تعریفی از آن ارائه کنیم.

[تعهد به معنای عام عبارت است از «التزام شخص به فعل یا ترك فعل ناشی از قانون، عقود، قواعد شرعی، عرفی و اخلاقی در برابر شخص دیگر».]

در حقوق انگلیس نیز در تعریف عام تعهد آورده‌اند: تعهد یك مفهوم حقوقی است که حکایت از الزام شخصی در برابر دیگری داشته و برای یك طرف حق قابل اجرا (از نظر قانون) و برای طرف دیگر وظایفی را معین می کند که بدین طریق آن دو طرف را به هم

---

۱. محمدمرتضی‌الزبیدی، **تاج‌العروس من جواهرالقاموس**، بیروت، دارالتراث، تعهد ـ محمد معین، **فرهنگ فارسی**، انتشارات امیرکبیر «تعهد» ـ ا. د. محمدرواس قلعه‌جی و د. حامد صادق قنیبی، **معجم لغةالفقهاء عربی ـ انگلیسی**، چاپ دوم، لبنان، بیروت، دارالنفائس، ۱۹۸۸، «الالتزام» یعنی: الارتباط والتعلق به شی فی غیر انفکاك عنه، الایجاب علی‌النفس القیام بعمل والامتناع عن عمل (Obligation)

۲. فقهای مسلمان این معنا را تحت عنوان التزام و اغلب در مباحث مربوط به دین و کفالت متعرض شده‌اند. زین‌الدین ابن نورالدین عاملی (شهید ثانی)، **مسالك‌الافهام** (شرح شرایع محقق)، ج ۱، چاپ سنگی، در دو مجلد، تهران، ص۲۶۵ ـ علی‌اصغر مروارید، **الینابیع‌الفقهیه**، ج ۱۵، چاپ اول، تهران، حکمت، ۱۴۰۶، هـ. ق. ص۸ به بعد ـ سیدحسن امامی، **حقوق مدنی**، ج ۲، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۴، ص۲۴۴ـ محمدجعفر جعفری لنگرودی، **حقوق تعهدات**، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳، ص۵. ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات**، چاپ اول، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴، ص۶۸، ش ۵۰ ـ سید حسین صفائی، **حقوق مدنی**، ج ۲، چاپ اول، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، ص ۵.

۳. عبدالرزاق احمد، سنهوری، **الوسیط فی شرح‌القانون المدنی الجدید، نظریةالالتزام بوجه عام**، ج ۱، لبنان، بیروت، دارالتراث، ص۱۱۳، ش ۱۴.

4. David M. Walker, The Oxford Companion to Law, U.S.A, Oxford university, 1980 "OBLIGATION" P. 897- Henry Campbell Black, M.A.BLACK'S LAW, DICTIONARY. West Publishing, Co. 1983 OBLIGATION.

مرتبط می‌سازد...در جایی که شخصی به دیگری خسارت یا ضرری وارد می‌آورد، ضرر حاصله تعهدی را به‌وجود می‌آورد که مستلزم حقی برای طرف دیگر و تکلیفی برعهده وارد آورنده خسارت در خصوص پرداخت خسارت خواهد بود.[۱]

اصطلاح تعهد در حقوق ایران ترجمه Obligation از حقوق غرب است که نویسندگان قانون مدنی فرانسه نیز واژه Obligation را از حقوق روم و طی تفاسیری که نویسندگان حقوق قدیم فرانسه از آن حقوق کرده‌اند، به عاریت گرفته‌اند.[۲] و حقوقدانان ایران در تعریف تعهد به معنای خاص که ناظر به جنبه‌های اقتصادی زندگی آدمیان است، عنصر مالیت در موضوع تعهد را مدنظر داشته و آن را به نوعی، یك التزام مالی دانسته‌اند.[۳]

درهرحال با عنایت به اعتبارات مختلف، تعهدات به اعتبار موضوع، به اعتبار اصلی و تبعی بودن و به اعتبار منشأ دارای تقسیمات گوناگونی است که رایج‌ترین نوع تعهدات، تعهدات قراردادی است و به تعبیر دیگر همان الزامات حاصل از قرارداد است که برعهده یك یا دوطرف قرارداد، قرار می‌گیرد.

در حقوق انگلیس، حقوقدانان، تعهدات را، ضمن تعریف در یك قالب نظری، به دو گروه اصلی تقسیم کرده‌اند؛ تعهداتی که به طور ارادی پذیرفته می‌شوند و تعهداتی که به موجب قانون تحمیل می‌گردند. قسمت دوم یعنی تعهدات قانونی که از قواعد موضوعه ناشی می‌شوند شامل جرم، شبه جرم و حقوق مربوط به شبه قرارداد[۴] می‌باشند.[۵]

در فراز پایانی این بحث لازم است متذکر شویم که منبع عام تعهدات «قراردادها» هستند هرچند که ایقاعات و سایر منابع نیز به نوبه خود و در موارد خاص سبب ایجاد التزام می‌شوند. در کامن لا اگرچه تانیمه‌های قرن نوزدهم تراضی به عنوان مبنای التزام قراردادی

---

1. The Oxford Companion Law, Op. Cit. P. 897-898.
2. Tunc (A) & Salle, International Encyclopedia of Comparative Law, Viktor Knapp, chief Editor Vol. 1E/F. 1976, P. F/69.

۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، پیشین، ص ۷ـ ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص۱۱، ش ۱ و ص۶۸، ش ۵۰.

4. The Law of Quasi Contract.
5. Atiyah (P.S), The Rise and Fall of Freedom of Contract, Clarendon press, Oxford, 1979, P.10

به‌شمار می‌رفت، اما رفته‌رفته از این نظریه دست کشیدند، به گونه‌ای که امروزه نظریه اعلام اراده و تکیه بر اعتماد مشروع ناشی از آن بر تئوری پیشین (تراضی واقعی) غالب آمده است. اینك هر التزامی متکی بر یك عمل حقوقی یا انشاء متعهد است و کمترین اثر این التزام یك‌سویه، محروم ساختن متعهد از انجام یا خودداری از انجام دادن کاری است که با آن اعلام اراده مخالف باشد و این مانع ارادی معادل اثر ایقاع در حقوق ایران است. مؤسسه تحقیقاتی حقوق آمریکا نیز با آوردن قواعدی در حقوق قراردادها تعهدات الزام‌آور را بر دو مبنای حقوقی و اجتماعی استوار ساخت که اینك:

۱ـ احترام به اعتماد مشروع در روابط بازرگانی به عنوان پایه ایجاد تعهد بدون‌عوض و خارج از قرارداد تلقی می‌شود.

۲ـ پرهیز از ناروایی و بی‌عدالتی به عنوان پایه ضمانت اجرا و پای‌بندی به عهد یك‌طرفی محسوب می‌شود.[۱]

بند دوم ـ ماهیت تعهد

همان گونه که سابقاً بیان شد، مفهوم و ماهیت تعهد بدرستی در آثار و اندیشه‌های فقهاء و حقوقدانان تعریف و تشریح نشده است و لذا برخی آن را امری معروف و شناخته شده و بی‌نیاز از تعریف دانسته‌اند.[۲] برخی دیگر، تعریفهای دیگران را مستلزم گرفتار شدن در دور باطل عنوان کرده‌اند.[۳]

در هر حال با تعریفی که در بند پیشین ارائه کردیم، چنین به‌نظر می‌رسد، تمیز تعهد از علل یا عوامل پدید آورنده آن می‌تواند کمك مؤثری در تبیین و توضیح این مفهوم بنماید. در همین راستا لازم است یادآور شویم که یکی از دلایل مهم ابهام در تعریف تعهد و نهایتاً ظهور

---

۱. ناصر کاتوزیان، **نظریه عمومی تعهدات**، ج ۱، پیشین، ص ۱۰۷.

۲. میرزا حبیب‌الله رشتی، **کتاب‌الغصب**، چاپ سنگی، ص ۱۱ (تعهد به چیزی (امری) را در نظر عرف روشن و واضح دانسته و می‌گوید تعهد یعنی مفهومی که مستلزم تکلیفی باشد.)

۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، **دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت**، ج ۱، چاپ اول، تهران، مشعل آزادی، ۱۳۳۷، ص ۹۱۱.

تعاریف مختلف اختلاطی است که بین دو مفهوم تعهد و عقد پدید آمده است و به تعبیر دیگر اختلاطی است که بین دو مفهوم علت و معلول یا مؤثر و اثر صورت گرفته است. بنابراین اگر تعهد را، رابطه‌ای حقوقی و ناشی از قرارداد دانستیم که به موجب آن شخصی بتواند انجام امری یا خودداری از امری را از دیگری بخواهد[۱]، اولاً به دلیل اینکه قرارداد، که خود یکی از منابع تعهد است، و در واقع خود یك رابطه حقوقی است، در تعریف تعهد گنجانده شده که اشکال آن روشن است. ثانیاً این تعریف تنها ناظر به چهره‌ای از تعهد و یا مسامحتاً به اثری از تعهد که متوجه متعهدله است می‌باشد. به تعبیر دیگر این تعریف حاکی از حقی است که برای متعهدله حاصل می‌شود، نه التزام و تکلیفی که برای متعهد ایجاد می‌شود. در حالی که ذات و جوهر تعهد یك التزام و تکلیفی است که به موجب یکی از منابع آن پدید می‌آید.

همچنین اگر بخواهیم عقد را توافق دو انشاء متقابل بدانیم که موجد یك اثر حقوقی است[۲] و یا ایقاع را «انشاء» یك «اثر حقوقی» ناشی از اراده یك سویه تلقی کنیم[۳] و از سوی دیگر تلاش جدی در تفکیك دو مفهوم عقد از تعهد نموده و قانونگذاران را توصیه به جداسازی عقد از آثار آن و شناساندن مؤثر از اثر بنماییم،[۴] حال چه لزومی دارد که تعهد را «رابطه‌ای حقوقی» و الزام‌آور توصیف کنیم که خود نیز به نوعی گرفتارشدن در همان چیزی باشد که تلاش جدی برای رهایی از آن شده است؟[۵]

از آنچه گفتیم بخوبی روشن است که به واقع عقود و قراردادها و برخی از منابع تعهد هر کدام یك رابطه حقوقی خاصی تلقی می‌شوند که تعهد مولود و زاییده آن رابطه حقوقی است و از میان هریك از این روابط حقوقی اثری متولد می‌شود که بدان تعهد یا التزام گفته می‌شود.

بنابراین می‌توان گفت: ماهیت تعهد، «اثری حقوقی» است که از منابع متعددی نظیر عقد، ایقاع، قانون یا چیز دیگری پدید می‌آید و در ذات و جوهر آن تکلیفی نهفته است که تا زمان

---

۱. سید حسین صفائی، حقوق مدنی، پیشین، ص ۵.

۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات، بهنشر، ۱۳۷۲، ص ۲۱، ش ۱۰.

۳. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ اول، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۰، ص ۴۷۱، ش ۴۴۶.

۴. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، پیشین، ص ۱۴ به بعد.

۵. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص ۶۵ به بعد.

معتبر بودن منبع تعهد، آن نیز واجب و الزام آور است. هر چند در پاره‌ای موارد ممکن است منبع تعهد خود ماهیتاً رابطه یا توافقی جایز و قابل فسخ باشد و اگرچه تعهد نیز همواره تابع سبب و علت خود است، اما این تلازم و تبعیت با الزام آور بودن تعهد منافاتی نخواهد داشت.

این عدم تفکیك بین دو مفهوم عقد و تعهد سبب شده است که برخی از حقوقدانان[1] با توجه به ظاهر پاره‌ای از مواد قانون مدنی چنین تصور کنند که لزوم و الزام آور بودن از عناصر اصلی تعهد تلقی نشود.

بند سوم ـ اوصاف اصلی تعهد

با توجه به آنچه در خصوص تعریف و ماهیت تعهد گفته شد به نظر می‌رسد اوصاف اصلی تعهد به قرار ذیل باشد:

الف: تعهد، نماینده یا به تعبیر صحیح آن، اثر یك رابطه حقوقی یا قاعده‌ای است که توسط طرفین آن رابطه ایجاد می‌شود و یا از سوی معتبری وضع می گردد.

ب: الزام آور بودن از اوصاف اصلی هر تعهد است.[2] چرا که، در ذات و جوهر هر تعهدی تکلیفی نهفته است و این تکلیف به پشتوانه ضمانت اجرای تعهدات، اجرای تعهد را بر متعهد واجب می گرداند.

ج: حق مطالبه نیز یکی از اوصاف و ویژگی‌هایی است که در درون همه تعهدات بخوبی دیده می‌شود. این حق چندان با ماهیت تعهد ملازمه و ارتباط دارد که حتی برخی آن‌را در تعریف تعهد گنجانده‌اند.[3]

---

۱. آقای دکتر جعفری لنگرودی می گوید: «اگرچه عده‌ای از فقهاء لزوم را عنصر تعهد دانسته‌اند اما دلیل قانع کننده‌ای ارائه نکرده‌اند، ولی قانون مدنی به پیروی از نظر اکثر فقهاء لزوم را عنصر تعهد نمی‌داند. سپس با استناد به مواد ۵۶۵ و ۶۱۲ ق. م که می گوید: جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هریك از طرفین می توانند رجوع کنند... و یا در ودیعه چنین است که امین هر گاه دلش بخواهد می تواند عقد ودیعه را فسخ کند و از زیر بار تعهد شانه خالی نماید.» چنین استنباط کرده‌اند که در عقود جایز، لزوم از عناصر تعهد محسوب نمی‌شود. (محمدجعفر جعفری لنگرودی، **حقوق تعهدات**، پیشین، ص ۲۱، ش ۳۳).

۲. ناصر کاتوزیان، **نظریه عمومی تعهدات**، پیشین، ص ۶۶، ش ۴۹.

۳. سید حسین صفائی، **حقوق مدنی**، پیشین، ص ۵ـ محمدجعفر جعفری لنگرودی، **حقوق تعهدات**، پیشین، ص ۸، ش ۸.

در خاتمه این بحث لازم است یادآور شویم که مراد ما از تعهد در این کتاب از میان انواع تعهدات که به اعتبار منبع، موضوع و غیره، انواع مختلفی دارد، تعهد خاصی است که در مباحث آتی آن را تشریح و تبیین خواهیم کرد.

گفتار دوم ـ انواع تعهدات

همان گونه که سابقاً نیز اشاره کردیم، تعهد حسب اعتبارات مختلف به انواع گوناگونی تقسیم می‌شود. به طور مثال تعهد به اعتبار موضوع، یعنی اینکه موضوع تعهد چه چیزی باشد، تقسیم می‌شود به:

۱ـ تعهد مالی

۲ـ تعهد غیر مالی

۳ـ تعهد مختلط

بدین معنا که در تعهد مالی، موضوع تعهد مال یا هر گونه حق مالی است و در تعهد غیر مالی، موضوع تعهد مال نیست، بلکه حقوق یا تکالیفی است که در روابط اشخاص نظیر روابط خانوادگی بین زن و شوهر یا والدین و فرزندان مثل حق حضانت یا تکالیفی که انجمن‌ها و مؤسسات خیریه، غیر انتفاعی، ورزشی و غیره در برابر دیگران برعهده می گیرند. برخی دیگر از تعهدات نیز مطرح هستند که از هر دو نوع موضوع مالی و غیر مالی برخوردارند. این گونه تعهدات که بدان تعهدات مختلط نام نهاده‌اند،[۱] دارای موضوعی مرکب از امور مالی و غیر مالی هستند. مثلاً در عقد نکاح تعهد زوجین به حسن سلوك یا حسن معاشرت (ماده ۱۱۰۳ ق. م.) از جمله تعهد غیر مالی است. اما به اعتبار تعهد زوج به ادای نفقه زوجه (ماده ۱۱۰۶ ق. م.) و یا پرداخت مهر المثل در صورت عدم ذکر مهر (ماده ۱۰۸۷ ق. م.) تعهد مندرج در عقد نکاح تعهد مالی محسوب می‌شود. البته ناگفته نماند که تحول حقوق تعهدات سبب شده است که اغلب متبادر به ذهن از تعهدات، آن

---

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، پیشین، ص ۵۴، ش ۶۳.

دسته از تعهداتی باشند که موضوع آنها مالی است و یا به دلیل اینکه در اغلب تعهدات غیر مالی، ضمانت اجرای آنها ایجاد التزام مالی است، لذا وجه غالب تعهدات، چهره مالی داشته و مهم‌ترین قسمت از تعهدات را به خود اختصاص داده است.

همچنین تعهدات به اعتبار اصلی و فرعی بودن نیز تقسیم می‌شود به:

۱ـ تعهد عقدی یعنی تعهدی که ناشی از یك عقد باشد.

۲ـ تعهد شرطی که در قالب شرط ضمن‌العقد تعهدی گنجانده می‌شود.[۱]

برخی از مؤلفان نیز تعهدات در حقوق اسلامی را این چنین تقسیم کرده‌اند:

۱ـ تعهدات ابتدایی

۲ـ تعهدات ضمنی

تعهدات ابتدایی تعهداتی هستند که غالباً دارای عنوان خاص و از لحاظ صیغه و شرایط، شکل مخصوص به خود دارند مثل بیع، اجاره، هبه و غیره. تعهدات ضمنی، تعهدات غیر مستقلی هستند که منحصراً ضمن تعهدات ابتدایی واقع شده و معمولاً تحت عنوان شروط مورد بحث قرار می گیرند.[۲]

لازم به ذکر است که در کتاب حاضر به هر دو گروه از تعهدات مذکور خواهیم پرداخت. چرا که، تعیین قراردادی خسارت قاعدتاً به صورت یك شرط ضمن عقد و یا به صورت یك قرارداد مستقلی مطرح می گردد.

اما تقسیم مهمی که اغلب حقوقدانان متعرض آن شده‌اند و شاید بتوان گفت مهم‌ترین تقسیم در تعهدات تلقی می‌شود، تقسیم به اعتبار منبع تعهد است. به موجب این تقسیم، تعهدات یا ریشه توافق و تراضی دارند و یا ناشی از اجرای قواعد حقوقی بویژه قانون هستند. به تعبیر رساتر اینکه، یا تعهدات مخلوق و آفریده اراده اشخاص هستند و یا به طور ناخواسته و خارج از اراده اشخاص تعهداتی بر عهده آنها گذاشته می‌شود. به طور خلاصه تعهدات به اعتبار منبع عبارتند از:

---

۱. شیخ موسی خوانساری، میرزا حسین نائینی، منیة الطالب، ج ۱، پیشین، ص ۵۳.

۲. ابوالقاسم گرجی، مقاله تعهدات ناشی از قرارداد در حقوق اسلام، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، ش ۱ و ۲ سال ۱۳۳۵.

۱ـ تعهدات قراردادی

۲ـ تعهدات یا الزامات خارج از قرارداد یا اصطلاحاً ضمانات قهری

در تعهدات گروه نخست توافق و تراضی عامل اصلی ایجاد التزام است که به صورت قرارداد فیمابین مطرح می‌شود. اما در تعهدات گروه دوم قرارداد نقشی ندارد و یا بسیار ضعیف است و عمدتاً این دسته تعهدات از قانون و قواعد حقوقی حاصل می‌شوند. در حقوق آمریکا و انگلیس نیز تعهدات قراردادی[1] از مسئولیتهای مدنی[2] و به اصطلاح شبه جرم (Tort) مستقلاً مورد توجه قرار گرفته‌اند. تعهدات قراردادی را ناشی از قرارداد یا توافق (Agreement) می‌دانند[3] و مسئولیتهای مدنی را ناشی از نقض یك تکلیف قانونی.[4]

در این فراز نیز لازم است متذکر شویم که در این کتاب تعهدات گروه نخست یعنی تعهدات قراردادی محور و هدف اصلی مباحث خواهد بود و ممکن است در پاره‌ای مباحث به حسب نیاز به الزامات و تعهدات خارج از قرارداد نیز اشاره‌ای بشود.

همچنین یادآور می‌شود که تعهدات از تقسیمات متعدد دیگری برخوردار است که به دلیل عدم ضرورت طرح آنها، خوانندگان گرامی را به سایر منابع و تألیفات ارجاع می‌دهیم.[5]

گفتار سوم ـ لزوم اجرای تعهد

بی تردید هدف و انگیزه هر التزام و تعهدی، وفای به مدلول و اجرای مفاد آن تعهد است؛ چرا که خردمندان از ایجاد و تولید تعهدی که عبث و بیهوده بوده و هدفی را در پی نداشته باشد، به طور حتم پرهیز دارند. بویژه آنکه در دنیای متحول و رو به رشدی که زندگی در آن

1. Contractual Obligations.
2. Tortious Liability.
3. Blacks Law Dictionary, Op. Cit. "Contractual Obligation".
4. Winfield (Sir Percy Henry) and Jolowicz On Tort, 12th. ed., London Sweet & Maxwell, 1984, P.4.

۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، پیشین، ص ۴۰ به بعد.

هر روز دهها تعهد و قرارداد کوچك و بزرگ را به دور آدمیان می‌تند و هیچ کس را گریزی از آن نیست، سرپیچی از تعهدات به‌وجود آمده و رها کردن مفاد و مضمون آنها، مستلزم هرج و مرج و از هم پاشیدگی جدی زندگی اجتماعی و روابط فیمابین آنها خواهد بود. به منظور پردازش موضوع و اصل بحث و دلایل مربوط به آن تذکر چند نکته لازم است:

۱ـ همان گونه که در مباحث پیشین گفته شد، منظور ما از تعهد، تعهدات قراردادی است.

۲ـ چنانچه در معنای تعهد گفته شد، تعهد التزامی است ناشی از عقد یا قرارداد و به تعبیر دیگر اثر عقد یا قرارداد است نه خود آنها. بنابراین وقتی سخن از اجرای تعهد است، در واقع سخن از اجرای مدلول و مفاد عقد یا قرارداد است.

۳ـ لزوم عقد یا قرارداد غیر از لزوم اجرای تعهد است. به بیان دیگر اگرچه مشهور چنین است که اصل در قراردادها لزوم آنهاست و هر گاه در جواز یا لزوم قراردادی تردید شود باید آن را لازم فرض کرد. اما باتوجه به اینکه قانون مدنی ایران با تقسیم عقود به جایز و لازم[1] و از طرفی دیگر نزاع فقها،[2] بر مستندات و ادله دال بر لزوم عقود مثل اوفوا بالعقود و غیره، باید بین اصل لزوم عقود و قراردادها با ضرورت التزام به مفاد و مقتضای تعهدات ناشی از عقود تفاوت گذاشت. بی‌شك ضرورت التزام به قراردادها از اصول بدیهی و

۱. ماده ۱۸۴ ق. م. عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، خیاری، منجز، معلق.

۲. برای بررسی نظریات و آرای فقهاء در خصوص آیه اوفوابالعقود ر. ك: میرزاحسن موسوی بجنوردی، **القواعدالفقهیه**، ج ۵، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۱، ص ۱۶۳ ملا احمد نراقی می گوید: «درستی استدلال به آیه اوفوابالعقود بااشکالاتی روبروست وازمجموع این اشکالات ضعف استدلال به این آیه در اثبات لزوم برخی از معاملاتی که در کتب فقهاء عقد شمرده شده‌اند ظاهر گردید و از آنجا که دلیل اصالةاللزوم عقود منحصر به همین آیه است پس این اصل ثابت نیست، بلکه اصل عدم لزوم است مگر اینکه با دلیل خاص لزوم عقدی ثابت شود چنانکه در بیع ثابت شده است.»، ملااحمد نراقی، **عوائدالایام**، چاپ سنگی، چاپ مکتبهٔ بصیرتی، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۸ هـ. ق.، ص ۷ و ۸.
مرحوم آخوند خراسانی(ره) می گوید: ان الوفاء (فی الایه) عبارة عن القیام بمضمون مایتعلق به من عقد او عهد، او وعد، والالتزام به و مایتحقق به، هذا یختلف باختلاف مضمونها و سپس می افزاید: اگرچه وفاء به حسب مفهوم واحد است، اما به اعتبار آنچه به وسیله آن وفا محقق می شود، حسب اختلاف در عقود، نذور و عهود متفاوت است. محمدکاظم آخوند خراسانی، **حاشیهٔ کتاب المکاسب**، چاپ اول، تهران، وزارت ارشاد، ۱۳۶۴، ص ۱۴۴ به بعد.
سیدمصطفی محقق داماد، **قواعد فقه بخش مدنی ۲**، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۷۴، ص ۱۳۶ به بعد. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ص ۲۵۳، ش ۶۰۱ به بعد.

خدشه‌ناپذیری است که در همه سیستم‌ها و نظامهای حقوقی جهان پذیرفته شده است.[۱] لزوم عقد به نوع و ماهیت آن و از طرفی شروط و قیودی بستگی دارد که طرفین در آن عقد گنجانده‌اند. لزوم عقد قاعده‌ای عام و عمومی نیست، بلکه حسب تقسیماتی که قانون به عمل می‌آورد و یا یکی از طرفین یا هر دو طرف آنها حقی برای فسخ یا به هم زدن عقد در نظر می‌گیرند[۲] ممکن است لزوم عقد را منتفی و یا بی‌اعتبار سازد. اما لزوم اجرای تعهد یا التزام به مفاد عقد یا قرارداد اصل عام و پابرجاست که در جمیع عقود لازم و جایز و غیره ثابت و جاری است و تازمانی که عقد یا قرارداد معتبر و منتفی نشده‌ای وجود داشته باشد، ضرورت اجرای مفادآن باقی است. در نتیجه باید بین اصل ضرورت اجرای تعهدات و قاعده[۳] لزوم عقود تفاوت اساسی قائل بود.

۴ـ اگرچه اصل لزوم اجرای تعهدات، اصلی عام و فراگیر است و این اصل در تمام نظامهای حقوقی جهان پذیرفته شده است، اما امری مطلق و بدون‌قید و شرط هم نیست، بلکه اعمال و اجرای این اصل نیز مقید و محدود به قیود و شرایطی است. در تحلیل این فراز باید گفت، نظریه حاکمیت اراده در مسیر شکل گیری خود تابدانجا پیش رفت که نیروی الزام‌آور قرارداد را به عنوان یك منبع درونی تنها «اراده متعاقدین» معرفی نمود. این اندیشه مدت مدیدی حاکم و چیره بود و همه تعهدها به اراده صریح یا ضمنی اشخاص منسوب می گشت و از نظر متفکران و اندیشمندان پیرو این نظریه، اراده قادر است تعهد مشروع بیافریند. فرانسویان در ماده ۱۱۳۴ ق. م. فرانسه تأثیر اراده را تاحدی مهم و اساسی دانسته‌اند که چنین آوردند: توافقهایی که بر طبق قانون منعقد شده‌اند، نسبت به متعاقدین آنها در حکم قانون است.[۴] اندك اندك این تفکر و اندیشه مرزهای فرانسه را پشت سر گذاشت و به قوانین کشورهای دیگر نیز راه یافت. مصریان با اندك تغییری همان مضمون ماده ۱۱۳۴ق. م.

---

1. U.C.C.2-501-2-515& Sale of Goods Act. 1979(England), 27.37.

۲. طبق ماده ۲۱۹ ق.م. عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ شود.

۳. اصل لزوم ـ (اصالةاللزوم) در عقود ـ همانند اصل طهارت و برائت قاعده‌ای مستفاد از کتاب و سنت است و هنگام شك به آن رجوع می‌شود ـ سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۱۳۶.

4. Les Conventions Legalement Formees tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites.

فرانسه را در بند اول ماده ۱۱۴۷ ق. م. جدید خود این طور آوردند: عقد، قانون متعاقدین است و نقض یا تعدیل آن مجاز نیست مگر به اراده و توافق طرفین یا به موجب آنچه قانون مقرر کرده است.

قانون مدنی ایران نیز با طرح ماده ۱۰، قراردادهای خصوصی مبتنی بر اراده متعاقدین را به رسمیت شناخت و باب این نظریه را برروی قوانین مدنی ایران گشود. هرچند که به‌نظر می‌رسد مباحث مفصل و باسابقه فقهای مسلمان حکایت روشنی از احترام و جایگاه مهم این نظریه در اندیشه و آرای آنان داشته و دارد.

معذلك آنچه مسلم است، حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادها به عنوان یك پایگاه سودمند اجتماعی و متکای مفید قراردادها کماکان با قوت و قدرت قابل توجهی باقی است. لیکن آنچه مهم است لجام گسیختگی افراد در انعقاد قراردادها بویژه آنجایی که مظنه سودجویی سرمایه‌داران و کارفرمایان ستم‌پیشه آشکارتر است این اصل و نظریه می‌تواند سودمندی و ارزش خود را از دست داده و ابزاری شود در راستای بهره‌کشی از محرومان و ضعفاء. به‌همین دلیل بسیاری را عقیده بر آن است که باید شرط احتیاط را فراموش نکرد و این وسیله سودمند را از دسترس سودجویان طماع دور نگاه داشت. خوشبختانه اکثر قوانین جدید با تمهیداتی که دیده‌اند مصالح عمومی، اجتماعی و اخلاقی را درصورت تعارض با اصل مزبور، مقدم داشته‌اند و بعضاً شرط نفوذ قراردادهای خصوصی را تنفیذ قانونگذار دانسته‌اند.[۱] کمااینکه قوانین مدنی فرانسه، مصر و آلمان به قیود و عوامل محدود کننده این اصل تصریح نموده‌اند.[۲]

به هرحال بامقدمه‌ای که اشاره شد مبنای تعهدی را چه براساس نظریه فردگرایان، یعنی مبتنی بر حاکمیت اراده بدانیم و یا طبق آرای پیروان اصالت اجتماع آن را مبتنی بر ضرورتهای اجتماعی استوار سازیم و یا به تعبیری عدالت و اصول اخلاقی را ریشه اصلی تعهدات تلقی کنیم و یا اینکه براساس نظرات حقوقدانان آمریکایی تعهدات الزام‌آور را

---

۱. قانون تعهدات سوئیس، قانون مدنی آلمان و قانون متحد تجارت آمریکا ـ به نقل از کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ص ۳۶۰.

۲. عبدالرزاق احمد سنهوری، **الوسیط**، ج ۱، پیشین، شماره‌های ۴۰۹ الی ۴۱۴.

بر دو مبنای احترام به اعتماد مشروع در روابط بازرگانی و پرهیز از ناروایی و بی عدالتی بنا نهیم، آنچه مسلم است اینکه بشر به عنوان یك موجود اجتماعی موظف و ملزم است که عمیقاً و حقیقتاً به پیمان و قراردادی که بادیگری منعقد می سازد پای بند و ملتزم باشد و به تعهدی که محصول اراده و قصد خود او به عنوان یك انسان عاقل و دور اندیش اجتماعی می باشد، جامه عمل بپوشاند و از سرپیچی و تخلف از آن به طور جدی پرهیز نماید. در دستورات دین مبین اسلام عهدشکنان نه تنها از زیانکاران و خسارت دیدگان در پیشگاه حق تعالی محسوب می شوند[۱] بلکه از گروه دینداران نیز، خارج شده، تلقی گشته اند.[۲] بنابراین آنچه به عنوان دلایل اصلی این اصل بنیادین و یا مبنای اصلی آن می توان برشمرد به قرار ذیل است:

۱ـ اخلاق و لزوم پای بندی اشخاص به قواعد اخلاقی چیزی است که در تمامی قوانین و مقررات اجتماعی بشر از اهمیت و جایگاه رفیعی برخوردار است. لذا هر گاه نهاد یا پدیده‌ای از نظر اخلاقی مستحسن و نیکو شمرده شود همهٔ آحاد اجتماع و نهادهای قانونی آن به حمایت از آن برمی خیزند. آنچه مسلم است، التزام به عهد و پیمان از جانب اخلاق و دستورات اخلاقی شدیداً مورد حمایت و پشتیبانی است. از طرفی دیگر قانون نیز همواره قواعد و دستورات اخلاقی را محترم شمرده و قویاً تضمین می کند.

۲ـ اصالت انسان و احترام به شخصیت او اقتضاء دارد، مادامی که آزادی او مخل مصالح اجتماعی و اخلاق حسنه نباشد و ضرورتی احساس نگردد، مورد حمایت و احترام قرار گیرد و توافقها و قراردادهایی که منعقد می سازد محترم و لازم‌الاتباع تلقی گردد. کمااینکه در اغلب قوانین کشورهای متمدن کنونی، توافقهای اشخاص با مختصر قیود و شروطی در حکم قانون و یا به منزله قانون تلقی شده است.[۳]

۳ـ از التزام آدمیان در رویدادهای حقوقی گذشته و روابط حقوقی آنان که حتی از الواح مکشوفه تخت جمشید و سایر آثار قدیمی بجامانده ظاهر شده است، چنین استنباط

---

۱. آیه ۲۶ سوره بقره: الذین ینقضون عهدالله من بعد میثاقه و...اولئك هم الخاسرون.

۲. لادین لمن لاعهد له ـ از کلمات پیامبر گرامی اسلام(ص) ـ علامه مجلسی(ره) بحارالانوار، موسسةالوفا، چاپ بیروت، لبنان، ج ۶۹ ـ ۱۴۰۳ هـ. ق.، ص ۱۹۸.

۳. ماده ۱۰ ق. م. ایران ـ ماده ۱۴۷ ق. م. مصر و سایر مقرراتی که در پاورقی شماره ۱ از صفحه قبل آمده‌اند.

می‌شود که بشر پس از تشخیص مصالح خود و انعقاد قرارداد با دیگری همواره و عمیقاً خود را متعهد و ملتزم به اجرای مفاد آنها می‌دانسته است. لذا عرف و عادات مسلم جوامع بشری که عموماً مبتنی بر اندیشه عقلایی بوده است از دیگر دلایلی است که مؤید اصل لزوم اجرای تعهدات و ضرورت آنها به‌شمار می‌رود. برخی از حقوقدانان و فقهای امامیه در نزاع بر سر مدلول آیه شریفه «اوفوابالعقود» که بسیاری آن را دلیلی تأسیسی بر لزوم عقود دانسته‌اند، برعکس، اساساً اصل لزوم در عقود را اصلی امضایی دانسته و این آیه را از جمله ضمانت اجرا در عقود قلمداد کرده‌اند و چنین استدلال می‌کنند که آیه مذکور در مقام اعلام ضمانت اجرا برآمده و شرط دین باوری و ایمان به خدا را التزام به عهد و پیمان کرده‌اند. در نتیجه از نظر اینان التزام به مفاد عقد و پیمان، امری واجب و ضروری در نزد مؤمنان و عقلا تلقی شده و خداوند متعال نیز ضمن تأکید جدی بر آن، رعایت این اصل مهم اجتماعی و حقوقی را لازم و حتمی دانسته و یکی از خصایص مؤمنان برشمرده است.[۱]

در پایان این مبحث باید گفت، آنچه مسلم است، اصل لزوم اجرای تعهدات از جمله اصول بدیهی و حتمی است که تمامی نظامها آن را پذیرفته و تردید در آن روانیست. لیکن نکته‌ای که یادآوری آن در اینجا لازم است اینکه اجرای تعهدات محدود و مقید است به:

۱ـ آنچه طرفین در عقود و قراردادها بدان تصریح می‌کنند.

۲ـ کلیه نتایج و آثاری که به موجب عرف، عادت و یا قانون از عقد حاصل می‌شود.[۲]

۳ـ عوامل یا موانعی که موجب می‌شوند از لزوم اجرای تعهد جلوگیری کنند، نظیر بروز حوادث پیش‌بینی نشده و غیر مترقبه‌ای که سبب تعلیق یا منتفی شدن قرارداد می‌گردند،[۳] یا آنچه

---

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مقاله لزوم و جواز در عقود و ایقاعات، تحولات حقوق خصوصی، چاپ دوم، ناصر کاتوزیان، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۱، ص ۵۰ به بعد.

۲. ماده ۲۲۰ ق. م. ایران ـ مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ ق. م. مصر.

۳. الف: تا سال ۱۸۶۳ در حقوق انگلیس اجرای تعهدات به طور مطلق، به عنوان یك قاعده عمومی شناخته شده‌بود و طرفین مؤظف بودند تحت هر شرایطی به مفاد قرارداد عمل کنند اما نخستین بار در سال ۱۸۶۳ در دعوای معروف (Tayler. V Caldwell) قاضی رأی بر معافیت متعهد در اجرای تعهد به دلیل عدم امکان اجرای آن صادر کرد و این امر موجب رویه‌ای شد که طبق آن تداوم و حیات قرارداد مشروط به امکان اجرای آن می‌باشد. اندك اندك با افزایش آرای صادره بر این اساس، قانون فروش کالا مصوب ۱۸۹۳ انگلیس در ماده ۷ این تئوری را به طور کامل وطی

←

سبب می‌شود که از اجرای کامل تعهدات جلوگیری شود مثل وجود شرط مسئولیت سنگین و غیره، به علاوه آنچه که در صفحات پیشین گفته‌ایم و از ذکر مجدد آنها خودداری می‌شود.

مبحث دوم ـ نقض عهد یا تخلف از اجرای تعهد

از آنجا که تعیین خسارت برای فرض تخلف از اجرای تعهد، امری منطقی و لازم می‌باشد، لذا ضروری است طی مبحثی جداگانه و قبل از بررسی «تعیین قراردادی خسارت» و تشریح آن در فصل اول، ابتدا مسئله تخلف از اجرای تعهد، معنا و اَشکال تخلف را مورد تحلیل و شناسایی قراردهیم. سپس به طرق جلوگیری از وقوع تخلف که در واقع ضمانت اجرای تعهد محسوب می‌شود، بپردازیم. علی‌القاعده تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد یکی از ضمانتهای اجرایی تعهد یا قرارداد می‌باشد که به تشریح عنوان کلی آن در مبحث سوم از این فصل و به احکام، آثار و سایر مباحث مربوط به آن در فصول آتی خواهیم پرداخت.

همچنین، شایان ذکر است که، اساساً محور اصلی مباحث این کتاب تعهدات ناشی از قرارداد خواهد بود و تعهدات در معنای عام خود مراد مانیست. بنابراین تخلف از اجرای قراردادها و تعهدات ناشی از آن نیز موضوع اصلی این مبحث است که طی دو گفتار به

→

مقررات خود پذیرفت.

A/G.H. Treitel, Law of Contract, 9 ed. London, Sweet & Maxwell, 1995, P. 778.

B/Cheshire & Fifoot, Law of Contract, 12ed., London, Butterworths, 1991, P. 570.

C/ Beatson, Anson's Law of Contract, 27ed. Oxford university prees, 1998, P.505.

ب: در حقوق آمریکا نیز به موجب قانون متحد تجارت حوادث غیرمترقبه‌ای که طبیعت اساسی تعهد را دگرگون سازد موجب معاف شدن متعهد از اجرای قرارداد می‌گردد.

D/ Calamari and Perillo, The Law of Contract 2th . ed ., West Publishing Co., 1977, P. 491.

ج: در حقوق ایران نیز مواد ۴۷۱ و ۴۸۱ و ۴۹۶ ق. م. و نیز رأی شماره ۶۴۴ـ ۱۳۱۷/۳/۱۱ دیوان عالی کشور در خصوص منفسخ شدن قرارداد اجاره مربوط به مستأجری که شغل ذهتابی او به‌دستور شهرداری ممنوع شده بود از جمله مواردی هستند که مؤید این نظریه هستند.

مسائل و مباحث آن می‌پردازیم. لیکن برای اینکه معنای تخلف از اجرای تعهد بدرستی روشن شود لازم است ابتدا معنای اجرای تعهد را بشناسیم، آنگاه مسئله تخلف را مورد بررسی قرار دهیم.

گفتار اول ـ اجرای تعهد

بی تردید انگیزه اصلی و هدف غایی در همه قراردادها دستیابی عملی طرفین تعهد به اجرای مفاد آن است. مقصود از اجرای تعهد نیز این است که متعهد آنچه را طبق قانون یا قرارداد بر عهده دارد انجام دهد. اجرای تعهد که از آن به ایفای تعهد یا وفای به عهد نیز تعبیر شده است (مواد ۲۶۴ و ۲۶۹ ق. م.) گاه با انتقال حق، گاه با تسلیم مال، گاه با انجام فعل و یا با ترك فعلی که موضوع تعهد قرار گرفته است صورت می گیرد.

بنابراین حسب آنکه موضوع تعهد چه باشد، ماهیت حقوقی اجرای تعهد نیز متفاوت خواهد بود. به بیان دیگر هرگاه موضوع تعهد، انتقال حقی به متعهدله باشد، اجرای تعهد یك عمل حقوقی یك طرفه بوده که در این صورت نیازمند اراده انشایی متعهد است. درحالی که اگر موضوع تعهد تملیك یا انتقال حقی نباشد، مثلاً موضوع تعهد، تسلیم عین معینی به متعهدله باشد، اجرای تعهد صرفاً یك عمل قضایی است که نیازی به اراده انشایی متعهد ندارد.[1]

در هر حال همان گونه که قبلاً گفته شد اعم از اینکه معنای عام اجرای تعهد اراده شود و یا معنای خاص آن، یعنی اجرای تعهد قراردادی، معنا و مفهوم آن به گونه‌ای روشن است که معمولاً حقوقدانان آن را بی نیاز از تعریف دانسته‌اند. از سوی دیگر معادل عبارت «اجرای تعهد» در حقوق کامن لا معادل Payment آمده است در حالی که معادل اجرای تعهد قراردادی به صورت Performance استعمال می‌شود. تعهد قراردادی[2] نیز با مقسم بودن

---

۱. مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۷۰، ص ۳.

2. Contractual Obligation.

تعهد، قسیم تعهد خارج از قرارداد محسوب می‌شود که اکثر متون حقوقی از ارائه تعریف اجرای تعهدقراردادی خود را بی‌نیاز دیده‌اند و صرفاً به آثار و احکام آن پرداخته‌اند. درعین حال برخی در تعریف اجرای تعهد قراردادی چنین آورده‌اند: «اجرای تعهد قراردادی یعنی انجام قول، قرارداد و سایر تعهدات ناشی از قرارداد که باید توسط کسی انجام شود» که در صورت تخلف مسئولیت متوجه اوست.[1]

نکته‌ای که در اینجا قابل توجه است اینکه، اجرای تعهدقراردادی در واقع اجرای موضوع تعهد قراردادی است. لذا لازم است برای درك مسئله اجرای تعهد قراردادی موضوع تعهد قراردادی را شناسایی و تحلیل کنیم. به بیان دیگر برای اینکه مفهوم اجرای تعهد قراردادی را بهتر بشناسیم، ناگزیریم موضوع تعهد را بررسی کنیم و ضمن شناسایی آن ببینیم اجرای تعهد حسب مورد چه معنا و مفهومی دارد. ازسوی دیگر می‌دانیم که یکی از ارکان اصلی هر تعهدی، موضوع آن تعهد است. پس موضوع اجراشده باید با مفاد تعهد شده منطبق باشد. یعنی، مدیون (متعهد) درست همان چیزی را بجا آورد که عهده‌دار آن شده است. اگر آنچه در مقام اجرای تعهد بجاآورده می‌شود از حیث مقدار یا کیفیت با مفاد تعهد یکسان نباشد، تعهد اجرا نشده و در واقع به نوعی از اجرای تعهد تخلف شده و متعهدله می‌تواند از این بابت خسارت وارده رامطالبه نماید. البته، روشن است که طرفین تعهد می‌توانند به تراضی موضوع تعهد را در مقام اجرای آن تغییر دهند. مثلاً مقدار، اوصاف یا چگونگی وسیله اجرای تعهد را تغییر دهند.

همچنین آنچه در مسئله اجرای تعهد لازم است به عنوان اصول کلی مورد توجه قرار گیرد عبارتند از:

الف: مطابقت موضوع اجرا شده با مفادتعهد.

ب: لزوم اجرای کامل و بی نقص موضوع تعهد.

علیهذا، موضوع تعهد یعنی آنچه که متعهد در برابر دیگری عهده‌دار آن شده است ممکن است:

---

1. Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, Op. Cit. "Performance."

۱ـ تعهد به تملیك مال یا انتقال مال باشد.

۲ـ یا تعهد به انجام کار معین باشد.

کار مورد تعهد ممکن است یك عمل مادی باشد مثل تعهد مقاطعه کار یا تعهد مؤسسه حمل و نقل برای رساندن کالایی به مقصد خاص. یا ممکن است کار مورد تعهد انجام و به تعبیری انعقاد یك عمل حقوقی باشد. مثل متعهدی که طبق قرارداد می‌پذیرد ملك معینی را به شخص ثالثی منتقل کند و یا وکالتی را برای متعهد له یا شخص دیگری در موضوع خاصی اعطاء کند.

۳ـ یا تعهد به ترك فعل معین باشد.

مثل اینکه کسی به موجب قراردادی متعهد می‌شود قطعه زمین همجوار با ملك موردمعامله را جز به خریدار ملك نفروشد و یا در آن ملك ساختمانی بنا نکند.

علاوه بر آنچه گفته شد، به اعتبار متعلق اجرای تعهد، تعهد را به تعهدات عینی و عادی نیز تقسیم کرده‌اند.[۱] در تعهد عینی تنها مال معینی را در گرو اجرای تعهد می‌دانند و به تعبیر دیگر متعلق اجرای تعهد جزئی است. اما در تعهد عادی متعلق اجرای تعهد که به بیان دیگر تعهد کلی است تمام اموال متعهد در گرو اجرای تعهد است. مثل اینکه شرکت تولید کننده اتومبیلی، متعهد به ساخت و تحویل یکصد دستگاه اتومبیل از نوع موردنظر می گردد.

نکته دیگری که شایان ذکر است اینکه، معمولاً در اجرای تعهد قراردادی عامل زمان و تعیین اجل نقش مهمی ایفای می کند. در خصوص زمان اجرای تعهد، یا طرفین نسبت به آن صریحاً توافق می کنند و یا در مواردی که طبیعت تعهد به گونه‌ای دیگر اقتضاء می کند در واقع به طور ضمنی بر آن توافق می‌نمایند. ماده ۳۴۱ ق. م. درباره توافق صریح می گوید: «...ممکن است برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرارداده شود».

در خصوص توافق ضمنی نیز قانون مدنی ایران در ماده ۳۴۴ آورده است: «...مگر اینکه برحسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتی وجود

---

۱. ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات**، پیشین، ص ۵۶، ش ۳۸.

شرطی یا موعدی معهود باشد، اگرچه در قرارداد بیع ذکری نشده باشد». همچنین ممکن است در خصوص تعیین اجل، قانون دخالت مستقیم کرده باشد. نظیر تعیین اجل برای پرداخت اجاره بها در روابط موجر و مستأجر طبق ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲. و یا در صورت فقدان اجل قراردادی و قانونی، دادگاه به انگیزه حل اختلاف و نیز اعطای تخفیف به متعهد متخلف فرصتی دوباره به متعهد می‌دهد که بدان اجل قضایی گویند.[۱] اما آنچه مهم است اینکه، اساساً در تعهد مؤجل در صورت انقضای مدت و عدم اجرای تعهد، متعهدله حق مطالبه خسارت دارد، در صورتی که در تعهدات غیرمؤجل باید متعهدله، اجرای تعهد را تقاضا کند و در صورت مماطله و امتناع از سوی متعهد آنگاه مطالبه خسارت نماید. ماده ۲۲۶ ق. م. در این باره می‌گوید «...اگر برای ایفای تعهد مدتی مقرر نبوده، طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است».

براساس حقوق کامن‌لا نیز متعهد مکلف است یا طبق توافق به‌عمل آمده در خصوص زمان اجرای تعهد دقیقاً مطابق باآن اقدام کند و یا چنانچه در قرارداد مدتی معین نشده باشد اما اوضاع و احوال حاکی از تاریخ و زمان خاصی باشد، متعهد باید طبق آن انجام وظیفه کند. به علاوه چنانچه مدت معینی برای اجرای تعهد در نظر گرفته نشده باشد و عرف و عادت نیز دلالت خاص ننماید، متعهد موظف است ظرف مدت معقولی پس از انعقاد قرارداد مفاد آن را اجرا کند. این ترتیب که در ماده ۳۳ از کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی به نحو کاملی گنجانده شده است ظاهراً متأثر از مواد ۲۹/۳ از قانون خرید و فروش کالا در انگلیس و ماده ۳۰۹-۲ از .U .C .C در مقررات آمریکا بوده است.

پس منظور از اجرای تعهد در این گفتار این است که متعهد موضوع تعهد را دقیقاً برابر با مفاد تعهد و با رعایت جمیع شرایط از جمله زمان و مکان اجرای تعهد و غیره محقق سازد. در صورت عدم رعایت آنچه در قرارداد آمده است و یا آنچه عرف و عادت بر آن تعلق گرفته است، متعهد متخلف محسوب شده و مسئول تخلف و آثار ناشی از آن می‌باشد.

---

۱. همان، ص ۱۲۱، ش ۸۴.

گفتار دوم ـ معنا و مفهوم تخلف از اجرای تعهد

در گفتار پیشین گفتیم که اجرای تعهد یعنی بجا آوردن متعلق اجرای تعهد به گونه‌ای که مطابق با مفاد تعهد یا قرارداد باشد اعم از اینکه طبق نظر و توافق طرفین این انطباق صورت گیرد یا بر اساس عرف مسلم واقع شود. اگرچه معمول چنین است که متعهد تلاش می کند تا متعلق اجرای تعهد را مطابق با مفاد قرارداد انجام دهد، اما بسیار اتفاق می افتد که به‌دلایلی آنچه اجرا می‌شود غیر از آن چیزی است که طرفین قصد کرده‌اند و یا مستفاد از قرارداد می‌باشد.

درهر حال ممکن است برای فرض عدم انطباق آنچه اجرا می‌شود با مفادقرارداد پیش‌بینی‌های جبران کننده و لازمی به عمل آید که اینها به نحوی ضامن اجرای قرارداد محسوب می‌شوند و در مباحث آتی به تفصیل راجع به این ضمانتهای اجرا سخن خواهیم گفت. بویژه آنکه، چون موضوع اصلی این کتاب خود نوعی ضمانت اجرا تلقی می‌شود لذا در مبحث آینده برای تشریح موضوعات مشابه آن با تفصیل بیشتری به موضوع ضمانت اجرا، که در فرض عدم انطباق متعلق اجرای تعهد با مفاد تعهد ایفای نقش می کند، خواهیم پرداخت.

از سوی دیگر عدم مطابقت اجرا با مفادقرارداد اَشکال و صور گوناگونی دارد که اغلب نوعی تخلف محسوب می‌شوند و به ازای هر نوع یا صورتی از تخلف، آثار خاصی بر آن مترتب می گردد که در بسیاری از این صورتها نیز به دلیل ورود خسارت علی‌القاعده پای موضوع جبران خسارت به میان کشیده می‌شود. بدین ترتیب برای اینکه سیر منطقی بحث را دنبال کرده‌باشیم ابتدا در این گفتار به مسئله تخلف و صور گوناگون تخلف از اجرای تعهد اشاره می کنیم، آنگاه در مبحث بعدی به مسئله ضمانتها و طرق پیشگیری از بروز تخلف از اجرای تعهد خواهیم پرداخت.

چنانچه می‌دانیم فرض چنین است که متعهد باید تمام تلاش خود را به کار گیرد تا مفاد قرارداد را به طور کامل اجرا کند. درغیر این صورت علاوه بر ضمانت اجراهایی که معمولاً در قراردادها مطرح هستند، در بدو امر نیز متعهدله حق دارد از قبول

آنچه اجرا شده و غیر منطبق با مفاد قرارداد است خودداری کند. ق. م. ایران در ماده ۲۷۵ آورده است: «متعهدله را نمی‌توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید اگرچه آن شیء قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد».

همانند این قاعده در حقوق آمریکا ماده ۵۰۸ ـ ۲ ازقانون تجارت و ماده ۳۰ از قانون خرید و فروش ۱۹۷۹ انگلیس براختیار متعهدله نسبت به رد متعلق اجرا شده تعهد که غیر منطبق با موضوع تعهد است تصریح دارند. البته ناگفته نماند که در کشورهای کامن‌لا اگرچه مبنای چنین حقی ناشی از تئوری «قرارداد، قانون فیمابین متعاقدین است» می‌باشد وتخطی از آن را به مثابه تخلف از قانون دانسته‌اند، امادرعین حال رد متعلق اجرای تعهد غیرمنطبق با مفاد قرارداد و اجبار متعهد به اجرای عین تعهد را خلاف عدالت دانسته و آن را شیوه‌ای خشن و دور از انصاف تلقی می کنند. آنان معتقدند در صورت تخلف متعهد از اجرای تعهد حتی الامکان استفاده از طرق دیگری که انتظارات متعهدله را برآورده می کند و خسارات ناشی از تخلف را جبران می‌سازد، پسندیده‌تر است.[1] برخلاف حقوق نوشته، نظیر آنچه در فرانسه و آلمان پذیرفته شده است، طرفین، به دلیل ملاحظات عملی بیشتر و نیز از آنجا که قرارداد را متضمن یك ارزش مالی صرف و زمینه‌ای برای کسب منفعت تلقی می کنند، از اجرای معادل مفاد قرارداد یا جبران خسارت، خرسند می گردند.[2]

به هرحال، اساساً تخلف ازاجرای تعهد در هیچ‌یك از نظامهای حقوقی جهان مجازنیست و متعهد در صورت تخلف، یا اجبار به اجرای عین تعهد می‌شود و یا به طریق دیگری خسارات ناشی از تخلف را باید جبران کند. اما تخلف، نقض عهد و به تعبیر دیگر عدم اجرای تعهد اَشکال و صور مختلفی دارد که تفصیل انواع تخلف و اَشکال مختلف آن در فصل سوم آورده می‌شود.

---

1. Gareth Jones & William Goodhart, Specific Performance.London, Butterworths, 1986, P.2.

۲. رنه دیوید، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه آقایان صفائی، آشوری، عراقی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴، ص۲۹۷، ش ۲۶۱.

مبحث سوم ـ ضمانت اجرا در قراردادها و تعهدات

همان گونه که در بحث ماهیت تعهد گفتیم، چهره‌ای از تعهد یا به دیگر سخن اثری از آثار مهم تعهد ایجادشده، حقی است که متعلق به دیگری است. یعنی به محض ایجاد تعهد، در سوی دیگر حق مطالبه‌ای نسبت به موضوع همان تعهد برای متعهدله پدید می آید. این حق متکی است به منابعی از قدرت و اقتدار عمومی که همواره شخص متعهد را الزام به اجرای تعهد می کند. بنابراین ضمانت اجرای هر تعهدی، حقوق مقبول و مشروع حمایت شده‌ای است که از آن تعهد ناشی می‌شود. به بیانی دیگر، هرگاه تعهدی ایجاد می‌شود، طبیعی است که متعهد به ازای آن در برابر شخص دیگری باید کارسازی کند. لذا از منظر شخص دیگر، حقی پدیدآمده که دارنده آن را توانمند نموده تا ضمن رعایت شرایط مربوطه آن حق را مطالبه کند. پس از مطالبه، چنانچه متعهد از ایفای تعهد امتناع ورزد صاحب حق می تواند به دلیل «صاحب حق» بودن با حمایت و پشتیبانی یك قدرت برتر، حق خود را بستاند.

فلذاست که برخی معتقدند،[1] واژه تعهد در ماده ۲۶۶ ق. م.[2] به دلیل فقدان حق مطالبه متعهد له به نحو مجاز استعمال شده و تعهد واقعی محسوب نمی‌شود.

حال پس از آشنایی با مفهوم ضمانت اجرا باید ببینیم به محض ایجاد یك تعهد، چه حقوقی و با اتکاء به چه منابعی از قدرت، به عنوان ضمانت اجرا برای متعهد له تصور می گردد. همچنین با توجه به اینکه شرط تعیین خسارت در قراردادها یکی از ضمانت اجراهای قراردادی محسوب می‌شود، لذا لازم است در این مبحث موارد مشابه با آن را نیز به‌طور کامل مورد بحث قرار دهیم تا سیر منطقی مباحث کتاب به نحو مطلوبی روشن و آشکار گردد.

---

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، **حقوق تعهدات**، پیشین، ش ۹ ـ محمد جعفر جعفری لنگرودی، **دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت**، پیشین، ص ۹۱۳ و ۹۱۴.

۲. ماده ۲۶۶ قانون مدنی: در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید دعوای استرداد او مسموع نخواهد بود.

گفتار اول ـ ضمانت اجراهایی که ریشه قانونی دارند

نخستین گروه از ضمانت اجرا، حقوق یا اختیاراتی هستند که در قانون به رسمیت شناخته شده‌اند. یعنی در صورتی که متعهد به میل و رغبت خود و یا پس از مطالبه متعهدله از ایفای تعهد سرپیچی کند، قانون از حقوق و اختیاراتی حمایت می کند که متعهدله با اعمال آنها بتواند به عین موضوع تعهد یا بدل آن دست یابد. این اقدامات هریك چهره‌ای از همان حق مطالبه‌ای (که همراه تعهد زاییده شده بود) هستند که هریك به‌نوبه خود حقی تلقی می‌شوند که توسط یك قدرت عالی و برتر حمایت می‌شوند. این اقدامات حقانی (حقوق) عبارتند از:

بند اول ـ حق اجبار به اجرای عین تعهد

یعنی هر گاه متعهد از وفای به عهد خودداری کند، متعهدله حق دارد با استفاده از قوای عمومی و مثلاً با استفاده از اجراییه صادره از سوی ثبت یا قرار یا حکم صادره از سوی دادگاه، متعهد را ملزم به اجرای عین تعهد بنماید.

اجرای عین تعهد[1] یعنی موضوع تعهد عیناً و بدون کم و کاست اجرا شود. الزام به اجرای عین تعهد به طور منطقی نخستین حقی است که متعهدله می تواند از آن استفاده کند. چرا که طبیعتاً هدف و انگیزه اصلی طرفین هر قراردادی انجام تعهد ناشی از آن است. اقدام به اجبار متعهد به حدی مقبول و پذیرفته است که نه تنها آن را مغایر با اصالت و حیثیت انسانی نمی‌دانند بلکه آن را بسیار منطقی و طبیعی نیز قلمداد می کنند.[2] از میان عبارات و متون قانونی ماده ۲۴۹ ق. الموجبات و العقودالـلبنانی از همه رساتر به‌نظر می‌رسد: یجب علی قدر المستطاع أن توفی الموجبات عینا، اذ، ان للدائن «حقا مکتسبا فی استیفاءالموضوع الموجب بالذات».

از آنجا که اصلی ترین هدف طرفین هر قراردادی دستیابی به مفاد و موضوع قرارداد

---

1. Specific Performance التنفیذالعینی در عربی معادل

۲. مواد ۲۳۷، ۲۳۸، ۳۷۶، ۴۷۶، ۵۳۴، ۷۷۹ ق. م. ایران و ماده ۴۰۳ ق. م. مصر، ماده ۲۴۹ ق. الموجبات والعقوداللبنان، ماده ۲۰۴ ق. م. سوریه، ماده ۵۲ قانون بیع ۱۹۷۲ انگلیس و ماده ۷۱۶ـ۲ از .U.C.C.

است، لذا این حق تقریباً در تمامی نظامهای حقوقی جهان پذیرفته شده است. در این خصوص افراطی ترین نظریه‌ها در حقوق سوسیالیستی (اتحاد جماهیر شوروی سابق) مشاهده می‌شود که اجرای عین تعهد را به عنوان یك اصل پذیرفته و باتوجه به اینکه هدف اجرای قرارداد را تضمین یك امر مهم و اساسی یعنی اجرای «برنامه» می‌دانند نسبت به اجرای این اصل شدت عمل فوق العاده‌ای نشان می‌دهند. لذا هر گونه عدم اجرای قرارداد را موجب تحمل مجازات شدید می‌دانند. علاوه بر آن طرفین قرارداد باید در متن قراردادها جریمه‌هایی را به عنوان وجه التزام پیش‌بینی کنند که به منزله تخمین مقطوع خسارت احتمالی هم نیست، بلکه صرفاً جنبه تنبیهی داشته و برای ضمانت اجرای قرارداد گنجانده می‌شوند و هیچ‌یك از طرفین، حق معاف کردن طرف دیگری نسبت به این وجه التزامها را نیز ندارند. خلاصه اینکه اجرای عین قراردادها که جزئی از اجرای برنامه محسوب می‌شوند از قواعد مربوط به نظم عمومی بوده و تخلف از آن به هیچ وجه مجاز نیست.[۱]

در مقابل این نظریه، در حقوق کامن لا، اگرچه اجبار به «اجرای عین تعهد»[2] به طور اصولی به عنوان یك قاعده پذیرفته شده است اما اغلب، دادگاهها و محاکم انگلیسی باقیود و شروطی اقدام به صدور رأی به اجرای عین تعهد می‌کنند. بلکه حتی المقدور از طرق دیگر جبران خسارت یا ضمانت اجرای تعهدات، متعهد را وادار به اجرای تعهد می‌کنند. در توجیه این نظریه گفته شده است: آنچه باید هدف اصلی آرا و تصمیمات محاکم باشد اجرای عدالت است و لذا در صورتی دادگاهها به اجرای عین تعهد باید حکم کنند که اجرای عین تعهد کاملتر یا کاملترین شیوه تضمین عدالت باشد.[۳] از نظر حقوقدانان این نظام حقوقی، اجرای عین تعهد راهی است خشن و در صورت امکان برآورده شدن انتظارات متعهدله از طرق دیگر، ایجاد فشار و تحمیل زور امری ناپسند و زشت است.[۴] اما درعین حال به‌رغم تقبیح این شیوه در حقوق کامن لا، در پاره‌ای موارد حکم به اجرای عین تعهد داده می‌شود.

---

۱. رنه دیوید، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، پیشین، ص ۲۹۷، ش ۲۶۱.

2. Specific Performance.

3. Cheshire & Fifoot,Op.Cit, P.628 - John Edward Murray, JR. Murray on contracts, 3ed., Virginia, Michie Company, 1990, P. 714.

4. Gareth Jones & William Goodhart, Op.Cit. P.2.

البته ناگفته نماند که ابتدا دادگاههای انصاف اقدام به صدور آرای اجرای عین تعهد می‌نمودند، سپس از قرن ۱۹ به بعد دادگاههای دیگر انگلیس نیز این شیوه را در مواردی با رعایت موارد ذیل دنبال کردند:

اولاً با توجه به اینکه تشخیص عادلانه بودن شیوه اجبار به اجرای عین تعهد یا شیوه‌های دیگر در هریك از قراردادها بسته به وضعیت خاص قرارداد دارد و حکم کلی درباره تمام قراردادها ممکن نیست، لذا، اساساً دادگاهها و محاکم نسبت به صدور رأی به اجرای عین تعهد یا شیوه‌های دیگر مثل حق فسخ توأم با جبران خسارت، آزاد و مختارند و این امر به اختیار قاضی واگذار شده است.[1]

ثانیاً هرگاه شیوه‌های دیگر، مثل فسخ قرارداد همراه با پرداخت خسارت کافی برای جبران خسارات وارده تشخیص داده نشود و از نظر قاضی نیز این شیوه‌ها موجب عدم تکافؤ خسارت[2] باشند، حکم به اجبار اجرای عین تعهد داده می‌شود.[3] به‌عنوان مثال در مواردی مثل ورود خسارت معنوی، تحویل مال، اجرای سند رسمی، توقیف اموال، یا اگر تعیین خسارت مشکل باشد، و یا متعهدله از اثبات خسارت عاجز گردد و یا در صورتی که متعهد به دلیل ورشکستگی از پرداخت خسارت ناتوان باشد، اغلب به اجرای عین تعهد حکم داده می‌شود. اما در عین حال در هیچ یك از این موارد نباید اجرای عین قرارداد با عدالت مغایرت داشته باشد.[4]

بنابراین، در نظام حقوقی کامن لا اگرچه اجبار به اجرای عین تعهد پذیرفته شده است و قانون ایالات متحده آمریکا[5] نیز اعتبار این طریقه جبران خسارت را گسترش داده است،

---

1. Guest (A.G.), The Common Law Library, No. 11, Benjamin's, Sale of good's, 3th. ed., London, Sweet & Maxwell, 1974, P.
2. Inadequancy of remedy.
3. Cowan (Thomas Antony) American Jurisprudence. Vol. 49. NewYork city, Oceana Publication, 1956, P. 8.
4. Corbin (Arthur, Linton), Corbin on Contracts. Op. Cit. Vol. 5 A, Sec. 1122 - 1251, P. 117 - Treitel, Op. Cit., 9 th. ed. P 918 - U.C.C. 2-716.
برای آشنایی بیشتر با آرای صادره در خصوص پرونده‌هایی که محاکم انگلیسی رأی به اجبار عین تعهد یا عدم آن داده‌اند، ر.ك.
Smith and Thomas, A Case book on Contract. 10th. ed., London, Sweet & Maxwell, 1996, P.7 (Gisbon V.Manchester city Council - 1979) & P. 110 (Tamplin V. James - 1880) & P.112 (Denny V. Hancock - 1870) & P. 301 (Beswick V. Beswick - 1968).
5. U.C.C Art. 2-716 (Buyer's Right to Specific Performance or Replevin).

اما همواره رعایت قیود و شروطی که اهم آن را برشمردیم در این نظام حقوقی الزامی است، تا جایی که می‌توان گفت اجبار به اجرای عین تعهد یك امر استثنایی بوده و آن هم در جایی که قواعد انصاف اقتضاء می کند و شیوه پرداخت خسارت هم کافی برای جبران زیانهای وارده نباشد. به همین دلیل در موارد ذیل اساساً اجبار به اجرای عین تعهد به هیچ‌وجه مورد رأی و حکم محاکم قرار نمی گیرد و از شیوه‌های دیگر جبران خسارت استفاده می‌شود:

۱ـ در قراردادهایی که وظایف مستمری بر عهده متعهد گذاشته می‌شود، چون اجبار به اجرای عین تعهد مستلزم نظارت مستمر محاکم نیز می‌باشد، لذا از صدور حکم به اجرای عین تعهد خودداری می‌شود. مثلاً در قراردادی که حضور یك نفر نگهبان از طرف دادگاه جهت نظارت مستمر در یك آپارتمان لازم بود، دادگاه تقاضای اجرای عین تعهد را نپذیرفت.[1]

۲ـ هرگاه اجبار به اجرای تمام عین تعهد ممکن نباشد، اجبار به «اجرای بعض تعهد»[2] هم مجاز نیست و رأی داده نمی‌شود.[3]

۳ـ در قراردادهایی که مربوط به خدمات اشخاص مستخدم می‌باشند، طبق بخش ۱۶ قانون روابط کارگری انگلیس مصوب ۱۹۶۹، رأی به اجبار اجرای عین تعهد نیز منتفی است. در این مقررات می‌خوانیم: هیچ محکمه‌ای نباید حکم به اجبار اجرای عین تعهدات مستخدم داده و یا با صدور دستور موقت مانع نقض قرارداد گردد.[4]

۴ـ عموماً اگر راههای دیگر جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات مناسب‌تر باشند اجبار به اجرای عین تعهدات مجاز نیست. نظیر قراردادهای مربوط به فروش کالا یا سهام.[5]

۵ـ در مواردی که اجبار به اجرای عین تعهد مستلزم مشقت و یا عسر و حرج برای متعهد باشد دادگاهها طریقه دیگر جبران خسارت را مورد حکم قرار می‌دهند. کما اینکه در دعوای

---

1. (In Ryan V. Mutual Tontine Association. 1893), Treitel, Op. Cit. PP.931-2.
2. Partitial Performance.
3. Burrous (A. A), Remedies for torts and Breach of Contract, First ed., Butteworth, London, 1987, P. 336.
4. Guest (A.G) Chity on Contract. Vol. I, 26 ed. London, sweet and Maxwell, 1989. P.984, No. 1772.
5. Ibid. P. 979, No.1763.

Ali Patel V. 1 (1984) دادگاه چنین کرد.[1] «در این دعوا به دلیل اینکه خوانده(علی) مبتلا به بیماری سختی بود و به ناچار باید در نزدیکی خویشاوندان خود زندگی می کرد، دادگاه تقاضای خواهان مبنی بر تخلیه ساختمان خریداری شده را نپذیرفت و تنها حکم به جبران خسارت داد، زیرا از نظر دادگاه شرایط متعهد ظرف چهار سال تغییر کرده بود. به عنوان خلاصه و ماحصل نظریه حقوق کامن لا باید گفت، اجبار به اجرای عین تعهد در این نظام پذیرفته شده است و همانند سایر طرق جبران خسارت و به تعبیر دیگر به عنوان یك ضمانت اجرا در کنار سایر ضمانتهای اجرای تعهدات قراردادی به رسمیت شناخته شده اما نکته ای که حایز اهمیت است اینکه، انتخاب طریقه اجبار به اجرای عین تعهد در کنار سایر طرق با قاضی است.

در حقوق فرانسه و کشورهایی مثل آلمان و سوئیس و سایر کشورهایی که از حقوق نوشته برخوردارند، این ضمانت اجرا، یعنی اجبار به اجرای عین تعهد، پذیرفته شده است. اما با حقوق کامن لا اندکی متفاوت است. در حقوق فرانسه طبق ماده ۱۱۴۳ ق. م. اجبار شخص متعهد و طبق ماده ۱۱۴۴ آن، اجبار از طریق شخص ثالث مجاز شمرده شده است. اما در کنار پذیرفته شدن این ضمانت اجرا ماده ۱۱۴۲ ق. م. آن می گوید: هر تعهد بر فعل یا ترك فعلی در صورت عدم اجرا از سوی متعهد قابل تبدیل به خسارت است. دیوان تمییز فرانسه از جمع مواد فوق می گوید: ماده ۱۱۴۲ در خصوص مواردی است که اجبار به انجام عین تعهد امکان پذیر نباشد مثل اینکه تعهد قائم به شخص بوده و یا مخل آزادی باشد و کلیه تعهداتی که قائم به شخص نبوده و یا خالی از موانع اجبار باشند می توانند در مجموعه اجبار به اجرای عین تعهدات قراردادی گنجانده شوند.[2]

همان طوری که گفته شد در اکثر کشورهای تابع حقوق نوشته اجبار به اجرای عین تعهد پذیرفته شده است، اما اجبار راه انحصاری و حتی نخستین راه جبران خسارت یا ضمانت اجرای تعهدات تلقی نمی شود. بلکه به دلیل نیاز به سرعت در مبادلات و نیل به مقاصد تجاری و سهولت دادرسی و اتخاذ شیوه مطمئن تر برای متعهدله، اغلب از اجبار به

---

1. Treitel, Op. Cit. P. 924.

2. Barry Nicholas, French Law of Contract. London, Butterworth, 1982, P. 210-213.

اجرای عین تعهد صرف نظر می کنند و متوسل به شیوه‌های دیگر می‌شوند.[۱]

اما نکته حایز اهمیت در این سیستم این است که، انتخاب هریك از شیوه‌های مذکور با متعهد له است. یعنی متعهدله است که می‌تواند اجبار به اجرای عین تعهد را بخواهد یا مطالبه خسارت را، مگر اینکه متعهد خود خواهان اجرای عین تعهد باشد.[۲]

در قانون مدنی ایران که از یك سو متأثر از حقوق فرانسه بوده و از سوی دیگر مبتنی بر فقه اسلام و آرای فقهای امامیه است وضعیت به گونه‌ای است که تفاوتهای قابل ملاحظه‌ای مشاهده می‌شود.

آنچه مسلم است اینکه در برخی موارد و در هیچ یك از حقوقهای مهم جهان، از جمله حقوق ایران اجبار به اجرای عین آن تعهدات، یا منطقی نیست و یا به دلیل مخالفت با نظم عمومی مجاز شناخته نمی‌شوند. نظیر اجبار مستقیم زوجه به تمکین در برابر زوج و یا اجبار جراح متخصص به عمل جراحی مورد تعهد. بدیهی است که در چنین مواردی متعهدله باید از اجبار به اجرای عین تعهد صرف نظر نموده و حقوق خود را از طرق دیگر مطالبه کند. بنابراین اجبار به اجرای عین تعهد در پاره‌ای موارد اساساً به دلیل غیر کار آمد بودنش نمی‌تواند به عنوان ضمانت اجرای تعهد تلقی شود.

اما در عین حال، حق اجبار به اجرای عین تعهد نخستین حقی است که متعهد له برای خود مفروض می‌داند. از نظر فقهای امامیه وجوب وفای به عهد، تکلیفی مؤکد است که هیچ کس منکر آن نیست.[۳] آیات و روایاتی هم به عنوان پشتوانه این نظریه مطرح می کنند که به نظر می‌رسد اغلب آنها را باید حمل بر جنبه تأییدی آنها نسبت به حکم عقل و ضرورتهای اجتماعی مبتنی بر سیره عقلاء دانست، نه اینکه مؤسس قاعده‌ای مستقل از فهم عرف و اندیشه عقلاء. در هر صورت باتوجه به اینکه وجوب وفای به عهد جزء اصول مسلم و اساسی شناخته شده در فقه و حقوق اسلامی است بی تردید این اصل حکم می کند که هدف اصلی و نخستین عقلاء در معاملات دستیابی به موضوع اصلی تعهداتشان یعنی اجرای عین

---

1. Gareth Jones & William, Op. Cit. P. 2.
2. Barry Nicholas, Op. cit. P. 214.

۳. سیدمیرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۳، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۱، ص ۳۶۷.

تعهد ناشی از عقود و قراردادها باشد.

با مداقه در پاره‌ای از مواد قانون مدنی چنین به نظر می‌رسد که موضوع اجبار به اجرای عین تعهد در تعهدات غیر مشروط، با تعهداتی که ضمن یك شرط مطرح هستند اندکی متفاوتند. مهم‌ترین تفاوتی که به چشم می‌خورد در خصوص موضوع تقدم اجبار به اجرای عین تعهد بر حق فسخ و یا بالعکس است. در مباحث آتی بزودی خواهیم گفت که یکی از ضمانتهای اجرا، حق فسخ است. لیکن سؤال مهم و اساسی این است که حق اجبار به اجرای عین تعهد و حق فسخ در طول یکدیگر قرار دارند و یا در عرض هم؟ به تعبیر دیگر آیا متعهد له حق دارد قبل از اینکه نخستین حق طبیعی خود یعنی حق مطالبه اجرای عین تعهد را از دادگاه بخواهد بدواً اقدام به فسخ معامله کند یا موظف است ابتدا اجبار به اجرای عین تعهد را از طریق مراجع عمومی مطالبه کند و سپس در صورت تعذر از حق دیگر استفاده نماید؟ پاسخ این سؤال را تفصیلاً در بحث حق فسخ آورده‌ایم.

اما در اینجا فقط اشاره‌ای داریم به حق اجبار به اجرای عین تعهد در تعهدات غیر مشروط و تفکیك این قبیل تعهدات با تعهداتی که همراه با شرطی مثل شرط فعل منعقد می‌شوند.

قانون مدنی ایران قاعده صریح و روشنی در خصوص حق اجبار به اجرای عین تعهد به عنوان ضمانت اجرای تعهدات ندارد. اما با توجه به اینکه عقد بیع و قواعد عمومی آن به میزان زیادی در سایر عقود و قراردادها جاری است و اصول کلی حاکم بر این نهاد حقوقی در سایر نهادهای حقوقی قابل اعمال است، می‌توان از پاره‌ای قواعد مربوط به عقد بیع حکمی کلی برای سایر روابط حقوقی استنباط کرد. بر اساس همین دیدگاه و با توجه به ماده ۳۷۶ق. م. که می‌گوید: در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود، همچنین با نظر به حکم شماره ۱۱۰۸ـ۱۳۲۷/۷/۱۴ شعبه ۶ دیوان کشور که بیان می‌دارد: «تأخیر در تسلیم مبیع موجب فسخ یا انفساخ معامله نیست تا خریدار بتواند بدواً مطالبه ثمن نماید، بلکه فروشنده الزام به تسلیم می‌گردد. چنانکه الزام ممکن نباشد حق فسخ حاصل خواهد شد»[1]، چنین استنباط می‌شود که اولاً حق اجبار به اجرای عین تعهد یك

---

۱. احمد متین دفتری، مجموعه رویه قضایی متین، قسمت حقوقی، نظریات دیوان عالی کشور، ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۸۴.

حق مسلم و کاملاً موردقبول قانونگذار است. ثانیاً تنها در صورتی متعهد له حق فسخ قرارداد را دارد که اجبار به اجرای عین تعهد متعذر گردد. در نتیجه حسب ماده ۳۷۶ ق. م. و حکم مذکور، در تعهدات غیر مشروط رابطه بین این دو ضمانت اجرا رابطه طولی بوده و حق اجبار به اجرای عین تعهد مقدم بر حق فسخ است. نتیجه دیگری که حاصل می گردد این است که نه قاضی (برخلاف حقوق کامن لا) و نه متعهد له (برخلاف حقوق فرانسه) حق ندارند قبل از تعذر اجبار به اجرای عین تعهد از سایر طرق جبران خسارت استفاده کنند.

به نظر ما، صرف نظر از حکم دیوان که صریحاً قائل به رابطه طولی و ترتب شده است، استنباط این رابطه از ماده ۳۷۶ ق. م. قابل مناقشه است و اگرچه حق اجبار ممتنع به اجرای عین تعهد به طور طبیعی نخستین حقی است که متعهدله می تواند از آن استفاده کند، اما این طور نیست که حتی در صورت عدم تعذر در اجرای عین تعهد استفاده از حق فسخ معامله برای متعهد له مجاز نباشد.

در هر حال باتوجه به اینکه در مبحث حق فسخ، در خصوص تعهدات مشروط، به تفصیل راجع به رابطه مزبور بحث خواهیم کرد، لذا برای جلوگیری از تطویل کلام از طرح و بررسی دلایل ادعای فوق صرف نظر می کنیم.

بند دوم- حق فسخ

یکی دیگر از ابزارهایی که متعهدله می تواند بااستفاده از آن متعهد را وادار به اجرای تعهد کند حق فسخ است. یعنی متعهدله می تواند با استفاده از این اختیار قانونی مانع سوءاستفاده متعهد بشود و به دلیل داشتن این حق اورا از تخلف در انجام تعهد منصرف سازد. البته طبیعی است که استفاده از این حق در صورتی مفید است و به عنوان ضمانت اجرا دارای کاربردعملی است که در صورت اعمال این حق از سوی متعهدله، ضرر و زیانی متوجه متعهد شود ویا منفعت بیشتری را نسبت به منافع حاصله از عدم اجرای تعهد از دست بدهد و یا مستلزم ورود خسارت معنوی و اجتماعی و غیره باشد که باتوجه به چنین احتمالی، متعهد از عهدشکنی و تخلف صرف نظر خواهد کرد که بالطبع، از این رهگذر حق فسخ، چهره خود را به عنوان ضمانت اجرا آشکار می سازد. پس حق فسخ همیشه و در همه

موارد به عنوان ضمانت اجرا کاربرد نخواهد داشت. یعنی اگرچه حق فسخ در بسیاری از معاملات مشروع و قانونی است و متعهد له می تواند با اعمال این حق معامله را به هم بزند، اما ممکن است به عنوان یك وسیله تضمین پای‌بندی متعهد به تعهد حاصله، کار آمد نباشد.

حق فسخ، صرف نظر از اینکه ماهیتاً از اقسام خیار شرط به‌شمار آید یا آن را به عنوان وسیله جبران ضرر محسوب سازیم،[1] در مواردی که اعمال آن از نظر متعهد مطلوب نباشد به عنوان ضمانت اجرا قابل قبول است. اما چنانچه صرفاً مانع ورود ضرر و خسارت برای متعهدله باشد و اعمال این حق تهدیدی علیه متعهد نباشد طبیعی است که خاصیت خود را به‌عنوان ضمانت اجرا از دست خواهدداد.

در مبحث پیشین گفته شد که در تعهدات غیر مشروط اساساً بافرض امکان اجبار ممتنع نوبت به حق فسخ نمی‌رسد. لیکن وضع در تعهدات مشروط به گونه‌ای دیگر است و صریحاً نمی توان همان حکم را در اینجا نیز جاری دانست.

می‌دانیم که شروط همراه با عقود و تعهدات اصلی سه‌دسته‌اند:

۱ـ شرط صفت

۲ـ شرط فعل

۳ـ شرط نتیجه

قانون مدنی با آوردن ماده ۲۳۵ تکلیف شرط صفت را بوضوح تمام کرده است.[2] به‌موجب این ماده تخلف از اجرای شرط صفت بدون تردید مستلزم حق فسخ برای متعهدله است و لذا بدیهی است که نقش حق فسخ به عنوان ضمانت اجرا کاملاً پذیرفته شده است. البته ناگفته نماند که در پاره‌ای موارد تخلف متعهد مستلزم بطلان معامله است و یا در صورتی که موضوع تعهد کلی باشد حق اجبار به تسلیم مصداق خاص از کلی کماکان به‌قوت خود باقی است. اما به هر حال حق فسخ به عنوان یك عامل بازدارنده نقش خود را در جایی که موضوع تعهد عین معین باشد به طور مسلم دارا خواهدبود. مضافاً اینکه هنوز

---

۱. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ش ۵۸۱.

۲. ماده ۲۳۵ ق. م.: هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.

به‌طور قاطع نمی‌توان گفت، در جایی که موضوع تعهد حتی اگر کلی هم باشد، حق فسخ پس از تعذر از اجبار به اجرای عین تعهد قابل اعمال است.

در هر حال به نظر می‌رسد بیشترین نزاع در میان فقهاء و صاحب‌نظران در جایی است که شرط همراه باتعهد، شرط فعل باشد. یك بار دیگر سؤال اصلی را در اینجا مطرح می‌سازم و به پاسخهای داده شده و نهایتاً نتیجه‌گیری از آن می‌پردازم.

سؤال اصلی: هرگاه شرطی که ضمن عقد می‌شود شرط فعل باشد و متعهد از اجرای تعهد امتناع کند آیا متعهدله قبل از تعذر از اجبار به اجرای عین تعهد می‌تواند معامله را فسخ کند؟ به بیان دیگر آیا در این موارد نیز حق اجبار به اجرای عین تعهد و حق فسخ رابطه طولی دارند یا در عرض یکدیگرند؟ بدیهی است که در صورت پذیرش رابطه طولی حق فسخ به میزان زیادی خاصیت خود را به عنوان ضمانت اجرا از دست داده و چهره فرعی‌تری خواهد داشت.

لازم است قبل از اینکه نظر قانون مدنی را بررسی کنیم ابتدا آرا و نظرات فقهاء و حقوقدانان امامیه را مورد مداقه و تحلیل قرار دهیم.

چنین استنباط می‌شود، صرف‌نظر از اختلافات جزئی‌تر دیگری که در آرای اینان وجود دارد، مجموعه آرای آنها را می‌توان در دودسته کلی و عمومی قرار داد. دسته‌ای از فقهاء معتقدند[1]: هرگاه مشروط علیه از انجام شرط و تعهداتش تخلف کند، مشروط له حتی در صورت قدرت به اجبار ممتنع حق فسخ معامله را دارد. هیچ‌یك از این دو ضمانت اجرا بر دیگری رجحان ندارد و هر کدام به حال متعهد له (مشروط له) انفع باشد می‌تواند همان را برگزیند. مهم‌ترین دلایلی که برای اثبات نظریه این گروه ارائه شده است عبارتنداز:

۱ـ حق فسخ به سبب امتناع مشروط علیه از انجام شرط یا تعهد است نه به دلیل عدم

---

۱. شهیدین، شرح لمعه، ج ۳، با تعلیقیه کلانتر، بیروت، دارالعالم الاسلامی، ص۵۰۶ـعلامه حلی، ابوجعفر حسن یوسف المطهر، تحریرالاحکام، چاپ سنگی، ۱۳۱۴ هـ.ق.، ص ۱۸۰ و تذکره، ج ۱، کتاب‌البیع، فی احکام الشروط فی ضمن العقد، چاپ سنگی، ۱۲۷۲ هـ. ق. ـسیدمیرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعدالفقهیه، ج ۳، پیشین، ص۲۶۸ـامام خمینی(ره) کتاب‌البیع، ج۵، چاپ قم، مؤسسه اسماعیلیان، بدون تاریخ انتشار، ص ۲۲۰ـابوالقاسم (آیت‌الله) خوئی(ره)، منهاج الصالحین، ج ۲، لبنان، بیروت، دارالزهراء، بدون تاریخ انتشار، ص۴۳ـسید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، پیشین، ص۴۲ـسید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص۵۲۶.

امکان اجبار متعهد به اجرای تعهد و شرط.

۲ـ شرط عقد را در معرض زوال قرار می‌دهد. یعنی اگرچه اصل در عقود و قراردادها لزوم و وفای به آنهاست، اما در عقود مشروط از همان ابتدا به حسب اراده طرفین عقد مشروط منعقد شده است و لذا آن اصل از ابتدا متزلزل پذیرفته شده است. به علاوه انجام فعل مشروط به دلیل اصالت عدم وجوب برای مشروط علیه واجب نیست و تنها فایده شرط این است که عقد را به دلیل وجود حق فسخ ناشی از شرط در معرض زوال قرار می‌دهد.

۳ـ اجرای فعلی را که بایستی بعد از عقد و جداگانه انجام شود نمی‌توان از دادگاه خواست زیرا تعهدی است جدای از عقد.

۴ـ دلیل چهارم دلیل عقلایی است و مبتنی بر چند نکته: اولاً موضوع شرط صحیح و حکم آن از مصطلحات عرفی است نه شرعی. جمیع شروط از موضوعات عقلایی هستند که در میان عقلاء شایع و رایج است. ثانیاً حکم شرط فعل، لزوم وفای به آن و عمل بر طبق آن است و مادامی که منعی از سوی شارع مقدس نرسیده باشد باید همانند سایر التزامات عقلائیه بدان ملتزم شد. ثالثاً مشروط له مخیر است به اجبار ممتنع یا فسخ. زیرا اجبار ممتنع مقتضای حق متعهدله است و حق فسخ نیز به دلیل تخلف متعهد برای او ثابت می‌شود بدون اینکه اجبار متعذر باشد. لذا به مجرد تخلف، از نظر عقلاء، حق فسخ برای متعهد له ثابت می‌شود.

۵ـ وجود خیار ناشی از قاعده لاضرر است و چه بسا رجوع به حاکم و طرح دعوا خود موجب ضرر مشروط له باشد. بنابراین نمی‌توان حق خیار را قبل از مراجعه به حاکم از مشروط له سلب کرد.

۶ـ این نظریه با نظم اجتماعی و احترام به حقوق فردی سازگارتر است.

در مقابل دسته‌ای دیگر از فقهاء معتقدند:[۱] حق فسخ تنها پس از تعذر اجبار به اجرای

---

۱. شهیدثانی، مسالك‌الافهام، پیشین، ص ۱۹۱ ـ میرفتاح، العناوین، چاپ سنگی، نجف اشرف، ۱۲۹۷ هـ. ق.، ص ۲۵۱ ـ ملااحمدنراقی، پیشین، ص ۴۴ مکرر ـ شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۳، چاپ تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۸، هـ. ق. ص ۲۱۹ ـ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ سنگی، چاپ دوم، قم، انتشارات تقی علامه، ۱۳۶۷، ص ۲۸۵ ـ میرزای نائینی، پیشین، ص ۱۳۴ ـ عبدالله مامقانی، مناهج‌المتقین فی فقه ائمة‌الحق و الیقین، قم، مطبعة‌الشهید، احیاء‌التراث، ۱۴۰۴ هـ. ق.، ص ۲۳۴.

عین تعهد برای متعهد له فرض می‌شود و قبل از آن حق فسخ ثابت نمی گردد. فسخ معامله مشروط آخرین سلاحی است که برای جبران ضرر ناشی از تعذر شرط به کار می‌رود. اینان نیز برای اثبات نظر خود ادله‌ای به این قرار آورده‌اند:

۱ـ امکان فسخ معامله لازم حکمی است ثانوی که در اجرای آن نباید افراط کرد.

۲ـ خیار فسخ برای جبران ضرر ناشی از فقدان شرط است و هنگامی به‌وجود می آید که از اجبار متعهد به شرط نتوان نتیجه گرفت. زیرا، اگر اجبار به وفای شرط ممکن باشد، از التزام به عقد ضرری به بار نمی آید که مبنای حق فسخ قرار گیرد.

۳ـ همان گونه که خودداری از وفای به تعهدهای اصلی به طرف قرارداد حق فسخ نمی‌دهد و تنها راه اجبار ممتنع است، در شرط نیز از همین قاعده پیروی می‌شود.

مرحوم صاحب جواهر در همین استدلال چنین می گوید: «لولاالاجماع ظاهراً علی ثبوت الخیار فی حال تعذر الاجبار مضافا الی حدیث الضرار... لامکن عدم القول بثبوت الخیار اصلا».

سؤال: اگر این اجماع تعبدی باشد چگونه تاب مقاومت در برابر یك قضیه عقلایی را دارد؟ ثانیاً فرض کنیم اگر اجماعی منعقد نمی‌شد، در این صورت، مگر جز این است که اگر اجبار متعذر گردد، لامحاله، به دلیل عقلی باید قائل به ثبوت حق فسخ می‌شدید، چرا که راه دیگری وجود نداشت؟ بنابراین اگر ثبوت حق فسخ در نهایت مبتنی بر عقل یا لااقل نظریه عقلائیه است، در نتیجه موضوع مورد بحث عقلایی است. به علاوه اجماع تعبدی است و قاعده لاضرر نیز جنبه ارشادی دارد و مؤید دلیل عقلایی. پس باید رفت سراغ آنچه در بین عقلاء شایع و رایج است.

حکم مسئله در قوانین ایران به گونه‌ای است که نیازمند به تحلیل بیشتری است. برخی معتقدند قانون مدنی ایران به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه نظریه دوم را پذیرفته است[۱] هر چند عده کثیری از فقهای پیشین و همچنین معاصر با این نظریه مخالفند به نظر نویسنده مزبور حق فسخ آخرین سلاحی است که پس از تعذر شرط باید برای جبران ضرر

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، پیشین، ص ۲۱۷.

استفاده شود.

در تأیید این نظر باید گفت، اولاً از ظاهر مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق. م. چنین استنباط می‌شود که حتی‌المقدور باید مشروط له‌ولو با مراجعه به حاکم، اجبار ممتنع به اجرای عین تعهد را هر چند به وسیله شخص دیگر فراهم آورد. ثانیاً از عبارت «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد» از صدر ماده ۲۳۹ ق. م. چنین فهمیده می‌شود که اعطای حق فسخ در ذیل ماده بی تردید مشروط به عدم امکان اجبار به اجرای عین تعهد شده است.[۱] ثالثاً در رأی صادره از شعبه یکم دیوان عالی کشور در سال ۱۳۱۶ بر رابطه طولی صحه گذاشته است. در رأی مزبور آمده است: «اصولاً طبق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق. م. با فرض اینکه اثبات شود مدعی علیه تخلف از شرط کرده است بدواً بایستی اجبار بر وفای به شرط تقاضا شود و مادام که تعذر به اجبار معلوم نباشد برای مدعی حق فسخ نخواهد بود.[۲]

از سوی دیگر مقررات زیادی در قوانین ایران مشاهده می‌شود که از این قاعده عمومی فاصله گرفته و همانند دسته نخست فقهای امامیه بر نظریه هم‌عرض بودن حق فسخ با حق اجبار به اجرای عین تعهد تأکید کرده‌اند. این مواد عبارتند از: ۲۴۲، ۲۴۳، ۳۵۴، ۳۷۹، ۳۹۵، ۴۰۲، ۴۸۷ و ۴۹۶ از قانون مدنی، ماده ۲۱ از قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، ماده ۱۱ از قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲، ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و بالاخره ماده ۳۴ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مصوب تیر ماه ۱۳۵۵ بسیار صریح و آشکار بر رابطه عرضی دلالت دارند.

ناگفته نماند که اگر واژه «هرگاه» در صدر ماده ۲۳۹ را با محتوای دارا بودن خصیصه شرطی بودن آن در نظر نگیریم چه بسا با توجه به مقررات ذکر شده بتوان از رابطه عرضی بودن حق فسخ با حق اجبار به اجرای عین تعهد در مقررات مدنی ایران دفاع کرد. در غیر این صورت ناگزیریم این مواد را مخصص آن قاعده عام مندرج در ماده ۲۳۹ دانسته و

---

۱. ماده ۲۳۹ ق. م.: هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

۲. حکم شماره ۱۳۸۷ـ۱۳۱۶/۶/۱۵ـ شعبه اول ـ مجموعه متین، پیشین، ص ۱۹۷.

به تعبیر برخی از مؤلفان حقوق، ماده ۴۹۶ ق. م. را انحراف از قاعده مزبور دانسته که سایر مقررات نیز به تقلید از ماده ۴۹۶ بر وسعت این انحراف افزوده‌اند.[۱]

موضوع حق فسخ در سایر نظامهای حقوقی تاحدود زیادی روشن‌تر و به‌نحوی نیز بر حق اجبار مقدم داشته شده است. باتوجه به اینکه در بحث حق اجبار به اجرای عین تعهد به طور تفصیلی به دیدگاههای حقوق نوشته و کامن لا پرداخته شد، لذا در اینجا از ذکر دوباره آنها خودداری می‌شود. لیکن باتوجه به اینکه کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مورخ ۱۹۸۰ وین به میزان بسیار زیادی متأثر از نظامهای حقوقی کامن لا و حقوق نوشته بوده است لذا موضوع حق فسخ را بانگاهی کوتاه در کنوانسیون مزبور دنبال می کنیم.

بدنیست بدانیم که قبل از تصویب کنوانسیون یادشده، در ماده ۲۵ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی ۱۹۶۴ لاهه آمده بود، «در صورت عدم اجرای تعهد از سوی فروشنده، خریدار ملزم است کالای جانشین را به نحو معقول و مرسوم خریداری نماید.» این ماده عملاً جایی برای اجبار به اجرای عین تعهد باقی نمی گذاشت. اما کنوانسیون ۱۹۸۰ در بند ۲ ماده ۴۶ با محدود کردن ماده ۲۵ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی، تهیه کالای جانشین را مشروط به نقض اساسی قرارداد دانست. مضافاً اینکه طبق بند ۱ ماده ۴۶ اساساً حق درخواست اجرای عین تعهد را بر این فرض استوار کرد که خریدار از طرق دیگر جبران خسارت که با این درخواست منافات دارد استفاده نکرده باشد. در عین حال از نظر کنوانسیون یکی از طرق جبران خسارت که باشیوه اجبار به اجرای عین تعهد منافات دارد، حق فسخ است که به محض اعمال این حق از سوی خریدار، فروشنده از تکالیف قراردادی خود مبرّی می گردد.[۲]

در هر حال حق فسخ ابتدا در قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی نیز به رسمیت شناخته شده بود، اما با دو تغییر مهم در کنوانسیون ۱۹۸۰ به نحو مطلوب‌تری مورد تصویب

---

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۲۰.

۲. تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، کنوانسیون ۱۹۸۰، به قلم ۱۸ تن از حقوقدانان دانشگاههای معتبر جهان، ج ۲، ترجمه آقای دکتر مهراب داراب‌پور، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴، ص ۱۷۳.

قرار گرفت. اولین تغییر مربوط است به حذف فسخ خودبخودی (انفساخ) که هم اینك در کنوانسیون ۱۹۸۰ حق فسخ اختیاری است و به بیان دیگر طریقه واقعی جبران خسارت عمدتاً بستگی به اختیار خریدار دارد. همچنین قاعده «حق فسخ بادادن مهلت اضافی» ازقانون سابق جای خود را به قاعده «حق فسخ فوری» در کنوانسیون ۱۹۸۰ سپرد که بدین ترتیب متعهد له مجبور نیست برای مطالبه اجرای تعهد از سوی متعهد به او مهلت اضافی بدهد، بلکه به محض احراز تخلف می تواند فوراً فسخ قرارداد رااعلام کند. درهر حال کنوانسیون با تصویب ماده ۴۹، هم اینك یکی از مهم ترین و مؤثر ترین طریقه جبران خسارت و در واقع ضمانت اجرای قراردادها را در خود جای داده است.

در خاتمه می توان گفت اعمال حق فسخ در صورتی که توأم باپرداخت خسارت ناشی از نقض عهد باشد ضمانت اجرای مناسبی برای تعهدات به‌شمار می رود. ضمن اینکه حتی بدون در نظر گرفتن پرداخت خسارت در پاره‌ای موارد که اعمال حق فسخ مستلزم ضرر و زیان مادی یا معنوی برای متعهد باشد نیز ابزار الزام آور و ضمانت اجرای تعهدات خواهد بود.

حال که مسئولیت قراردادی و به تعبیری لزوم جبران خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد را به عنوان یك ضمانت اجرا تعریف کرده و تا حدودی با آن آشنا شدیم لازم است به موضوعی مهم و اساسی بپردازیم.

بند سوم- حق حبس[1]

یکی دیگر از وسایل تضمین اجرای قرارداد یا به تعبیری ضمانت اجرای تعهد، حق گروکشی است. این حق که آن را اصطلاحاً حق حبس می گویند اساساً مبتنی بر اصل همبستگی دو عوض است. عدالت معاوضی اقتضاء دارد که در هر داد و ستد و معامله‌ای، عملاً مبادله و جابجایی نیز صورت گیرد. این اصل به قدری مهم و لازم‌الرعایه است که تصمیم بر خلاف آن، چه بسا به‌عنوان تصمیم خلاف مقتضای عقد، اصل تراضی را که عنصر اصلی تکوین عقد و قرارداد محسوب می شود مخدوش و بی اساس کند. بنابراین

---

1. Lien - Right to with hold.

روشن است که حق حبس بر اعتقادی مبنایی و اساسی در معاملات که از آن به «اصل همبستگی» یاد کردیم تکیه دارد.

از سوی دیگر بدیهی است که طرفین هر قراردادی به اجرای مفاد آن می اندیشند و تمامی تلاش خود را مقدمه‌ای برای دستیابی به آنچه که طرف مقابل متعهد به اجرای آن شده است می‌دانند. لذا در واقع هر عقد و قراردادی زمانی وافی به مقصود است که مفاد عقد بدرستی و کامل اجرا گردد. پس هر گاه یکی از طرفین قرارداد با اتکاء به ضوابط و مقررات قانونی و با استفاده از ابزاری بتواند طرف دیگر را از نیل به مقاصدش در تخلف از اجرای تعهد بازدارد و منافع مورد نظر او را تهدید کند، بالطبع آن وسیله می تواند به عنوان یك ضمانت اجرا برای قرارداد فیمابین تلقی شود.

بر همین اساس حق حبس به معنای «حق خودداری یك طرف از اجرای تعهد تا اقدام به اجرای تعهد از سوی طرف مقابل» در ماهیت و ذات خود یك ضمانت اجرای تعهدات ناشی از قرارداد محسوب می‌شود.

اینك حق حبس در اغلب نظامهای حقوقی جهان[1] پذیرفته شده و حتی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین نیز آن را به عنوان یك حق مسلم مورد شناسایی قرار داده است.

در هر حال به طور قطع، اقتضای عقد چیزی جز تملیك بالعوض نیست و اگرچه وجوب تسلیم از آن ناشی نشود اما مطلق بودن وجوب تسلیم و نیز همزمانی دو تسلیم (تقارن در معاوضه) و عدم اولویت در تسلیم از صفات و عوارض معاوضی بودن در تسلیم هستند.[2] وجوب تسلیم چه منشأ عقلی داشته باشد و چه شرعی، اما التزام هر دو طرف به تسلیم، در عقد بیع، در مرحله ثبوت و اجرا یکسان و همزمان می‌باشد. این قضایا مورد اتفاق فقهاء و حقوقدانان ماست. همانند انتقال همزمان مالکیت مبیع و ثمن در زمان انعقاد عقد.[3]

---

1. German Civil Code, Art. 320, 273. - Swiss Code of Obligation Art. 184, 82, 83, 316, 295, 225 - The Nether Land Civil Code Art. 1849, 1766, 1652- The Itatian Civil code Atr. 2761, 2757, 1512. به نقل از پایان‌نامه حق حبس در بیع از کاظم اسپرهم، دانشگاه شهید بهشتی سال ۱۳۷۳.

۲. امام خمینی(ره)، کتاب البیع، پیشین، ص ۳۷۱ به بعد.

۳. شیخ مرتضی انصاری(ره)، پیشین، ص ۳۱۲ - حاج میرزا حبیب‌الله رشتی(ره)، اجاره، ص ۱۱۱ می گوید: «من القواعد المسلمه بینهم کما حرروه فی ام المعاملات البیع، اقتضاء المعاوضه التقارن فی الاقباض...»

این همزمانی و تقارن در تسلیم به حدی مورد قبول نظام حقوقی ماست که حتی اگر یکی از طرفین به دلیل خارجی و خارج از اراده، مثل تغییر اوضاع و احوال یا افلاس و ورشکستگی قادر به اجرای تعهد و تسلیم نباشد حق خودداری از تسلیم (حق حبس) برای طرف مقابل باقی و مجاز است. قانون مدنی ایران اگرچه تعریف مدون و صریحی برای حق حبس ندارد اما بی تردید ضمن اینکه آن را به رسمیت شناخته، چنین استنباط می‌شود که هیچ اولویتی برای یك طرف در تسلیم قائل نیست. به علاوه، مواد بسیاری در قوانین و مقررات ایران آمده است که بوضوح قائل به قانونی بودن این حق در نظام حقوق ایران است. در اینجا به دلیل اجتناب از تطویل کلام و خروج از موضوع اصلی، از تحلیل این مقررات صرف‌نظر نموده و صرفاً به ذکر آنها اکتفاء می‌شود. از قانون مدنی مواد ۳۷۷، ۳۸۰، ۷۸۳ و ۱۰۸۵ و موادی از قانون تجارت ضمن تصریح به حق حبس که به احکام آن پرداخته‌اند عبارتند از: ۳۷۱، ۳۷۴، ۳۹۰ و ۵۳۳. همچنین در ماده اول قانون راجع به بدهی واردین به مهمانخانه‌ها و پانسیون مصوب ۱۳۱۲/۶/۱ می‌خوانیم: «صاحبان مهمانخانه‌ها و پانسیونها و جاهایی مانند آن حق دارند مادام که وارد یا مسافر بدهی خود را از بابت کرایه منزل و قیمت غذا و سایر چیزهایی که مصرف کرده‌اند نپردازد، از خروج اشیاء و اثاث متعلق به او معادل بدهی او جلوگیری کرده و...».

در اینجا با صرف‌نظر از مباحثی مثل مبنای حق حبس، شرایط، قلمرو، آثار و احکام حق حبس به مباحث کلی و عمومی حق حبس در نظام حقوقی کامن‌لا می‌پردازیم.

در نظام حقوقی انگلوساکسن واژه Retention به معنای ادامه تصرف یا نگهداری مال غیر، معادل حق حبس استعمال می‌شود که هم اینکه معادل مصطلح آن در حقوق کامن‌لا Right of Lien می‌باشد. واژه Lien از واژه لاتینی Ligamen اتخاذ شده و در این نظام، حق حبس انواع گوناگونی دارد. حق حبس در یك تقسیم‌بندی کلی، یا حقوقی (Legal) است و یا انصافی (Equitable). به حق حبسهای حقوقی حق حبس تصرفی (Possessory یا Common Law Lien) نیز گفته می‌شود.

مبنای حق حبس در حقوق کامن‌لا قاعده‌ای است از قواعد انصاف که می‌گوید: مدعی حق اگر خود به تعهدش عمل نکند و یا رفتار سوء و ناشایستی داشته باشد، ادعای او

پذیرفته نیست. از این قاعده چنین نتیجه گرفته می‌شود که هر گاه دو ادعا در مقابل یکدیگر مطرح شوند (مثل دو تسلیم متقابل در بیع) و یکی از آن دو قابل پذیرش نباشد (مثلاً به دلیل سوء رفتار صاحب ادعا) طرف مقابل دارای حق حبس و امتناع عملی می گردد.[۱]

در حقوق آمریکا تقریباً این حق مشابه همان چیزی است که در حقوق انگلیس مطرح است. ماده ۱ـ۳ از بخش ۲ . U.C.C متضمن قاعده‌ای است که مبنای قاعده حبس قرار گرفته است. در این ماده آمده است: تعهد فروشنده عبارت است از انتقال و تحویل، تعهد خریدار نیز عبارت است از قبول و پرداخت ثمن مطابق با قرارداد. بنابراین تعریف، اساساً بیع عقدی است مفیدالتزام نه تملیك. همچنین در ماده ۲ـ۳ از بخش ۷ آمده است: اگر خریدار به نحو غیرقانونی از پذیرش کالا خودداری کند و یا در پرداخت تمام یا قسمتی از ثمن امتناع ورزد و همچنین اگر به نحوی از انحاء قرارداد را نقض کند، فروشنده حق دارد از تسلیم کالا توسط انباردارانش ممانعت به عمل آورد. در این حقوق حق حبس برای هر دو طرف فروشنده و خریدار به رسمیت شناخته شده و تمانع از پرداخت و تسلیم مجاز است. البته با رعایت اصل عدالت و انصاف.[۲]

حق مهم‌تری که در راستای حق حبس به رسمیت شناخته شده است حق بازفروش (re-sale) کالای فروخته شده، برای فروشنده است. این حق هم در حقوق انگلیس طبق بند ۳ ماده ۴۸ قانون بیع انگلیس مورد شناسایی قرار گرفته و هم در مواد ۷۰۶ـ۲ از . U.C.C در حقوق آمریکا. در این مقررات آمده است هر گاه خریدار مرتکب نقض قرارداد شود، فروشنده می تواند کالای فروخته شده را بازفروش کند. بازفروش باید با حسن نیت و با شیوه معقول و متعارف بازرگانی صورت گیرد به گونه‌ای که مقررات حکم می کنند. فروشنده می تواند مابه‌التفاوت قیمت فروش (در باز فروشی) با قیمتی را که در قرارداد تعیین شده بود، به اضافه هزینه‌های متفرقه و فرعی وصول کند.[۳]

---

1. Halsbury's Law of English Vol. 28. P. 501.
2. Encyclopedia, Britanica. Vol. 13, P. U.S.A. 1972.
3. Gordon D. Schaber & Claude D.Rohwer, Contracts in a Nutshell. 2 th. ed. London, West Publishing Co., 1989, P. 347.

به هر حال، قاعدهٔ اصلی در کامن‌لا «منع حبس مال غیر» است که این قاعده متضمن حقوق سایر طلبکاران می‌باشد. اما با توجه به مبنای قاعده حبس که در دو حقوق انگلیس و آمریکا گفته شد، به هر حال حق حبس به عنوان قاعده ثانوی که علی‌الاصول نقش ضمانت اجرای تعهدات قراردادی را ایفاء می‌کند در این نظام حقوقی کاملاً شناخته شده است. برخی از صاحب‌نظران حقوق کامن‌لا در تقسیم‌بندی حق حبس سه نوع حق حبس را مورد شناسایی قرار داده‌اند.[1]

۱ـ حق حبس تصرفی[2]

۲ـ حق حبس دریایی[3]

۳ـ حق حبس انصافی[4]

حق حبس تصرفی (تملیکی) یا (حقوقی) به نوبه خود تقسیم می‌شود به حق حبس عام و حق حبس خاص. حق حبس عام یعنی اینکه متصرف اموال منقول، حق تصرف آنها را مادامی که کلیه ادعای او در برابر مالك بر آورده شوند دارا می‌باشد. دادگاهها زمانی حق حبس عام را به عنوان بخشی از حقوق کامن‌لا می‌پذیرند که عرف چنین حقی را پذیرا باشد. مبنای حق حبس عام را وجود تقابل میان مال محبوس و دین مورد ادعا عنوان می‌کنند؛ صرف‌نظر از اینکه بین آن دو ارتباط تبادلی وجود داشته باشد. اما حق حبس خاص به این معناست که متصرف مادامی که هزینه‌های به عمل آورده بابت نگهداری کالا را دریافت ندارد می‌تواند کالا را در تصرف خود داشته باشد. نظیر آنچه در پرونده Green V. All-motors Ltd. 1917 دادگاه بدان رأی داده است.[5]

در حقوق کشورهای تابع حقوق انگلو ساکسن نظیر کانادا و هند نیز حق حبس با وضعیت مشابه پذیرفته شده است. در ماده ۱۴۹۶ ق. م. کانادا، آمده است: هرگاه خریدار از

---

1. Charles Worths Business Law, by Paul Dobson 16th Ed. London, Sweet & Maxwell, 1997, P. 554.
2. Possessory Lien.
3. Maritine Lien.
4. Equitable Lien.
5. Ibid. P. 556 - Kenneth Smith & Denis Keenan, English Law, 14th. Ed. P. 372.

پرداخت ثمن معامله خودداری ورزد، فروشنده ملزم به تسلیم کالا نیست مگر وجه تضمین شده‌ای برای پرداخت وجود داشته باشد.[1] در هندوستان نیز غالب تعاریف و تقسیمات مربوط به حق حبس مطابق همان چیزی است که در حقوق انگلیس مقرر است.[2]

در هر حال از آنچه تاکنون گفته شد، چنین استنباط می‌شود که قوانین و مقررات قریب به اتفاق نظامهای معتبر حقوقی جهان حق حبس را مورد شناسایی قرار داده و بی‌شك با توجه به کاربردی که دارد می‌تواند به عنوان یك ضمانت اجرا در تعهدات قراردادی ایفای نقش کند. در مهم‌ترین گام این پویه، هم اینك با تصویب ماده ۸۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین نیز حق حبس این چنین مورد توجه قرار گرفت: «...فروشنده حق دارد تا زمانی که خریدار هزینه‌های متعارف انجام شده را تأدیه نکند کالا را حبس نماید.» از سوی دیگر نیز به موجب ماده ۸۶ کنوانسیون مزبور «هر گاه خریداری کالا را دریافت کرده و قصد اعمال احدی از حقوق خود در چهارچوب قرارداد و این کنوانسیون دایر بر رد کالا نماید، مکلف است چنان اقداماتی را که بر حسب اوضاع و احوال برای حفاظت از کالا متعارف است، معمول دارد. خریدار حق دارد تا زمانی که فروشنده هزینه‌های متعارف انجام شده را تأدیه نکرده کالا را حبس نماید.»

بند چهارم- حق مطالبه خسارت یا مسئولیت قراردادی[3]
(التزام متعهد به جبران خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد)

مسئولیت قراردادی یا مسئولیت ناشی از قرارداد، مسئولیتی است که شخص به دلیل هر گونه تخلف از اجرای قرارداد، چنانچه موجب ایراد خسارت به طرف مقابل شده باشد عهده‌دار آن خواهد بود. به بیان دیگر هر گاه کسی در اثر تخلف از اجرای قرارداد یا تعهدی سبب ورود خسارت به دیگری شده باشد باید آن را جبران کند. این التزام متعهد به جبران خسارت را «مسئولیت قراردادی» می‌نامند.

---

1. Cabada Civil Codes. Art 1496.
2. Indian Sale of Goods Act 1930. Art. 46(2).
3. Contractual Liability.

از سوی دیگر با تعریفی که از ضمانت اجرا در فرازهای پیشین ارائه شده، بدیهی است که مسئولیت قراردادی نیز به نوبه خود نوعی ضمانت اجرا محسوب می‌شود. چراکه چهرهٔ دیگر آن یا به اصطلاح آن روی سکه مسئولیت قراردادی حق مطالبه خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد است که متعهدله متضرر را، به دلیل ورود خسارت که قانون هم جبران آن را الزام‌آور دانسته است، بر متعهد مسلط نموده و از او حمایت می کند. بنابراین وقتی عملکرد سوء یا تخلف شخصی سبب پیدایش حق قابل مطالبه و مورد حمایت قانون برای دیگری شود بدیهی است که حتی‌الامکان از بروز آن عمل خودداری خواهد ورزید. در نتیجه این قبیل حقوق می توانند به عنوان یك وسیله تضمین کننده قراردادها یا تعهدات مطرح شوند. علیهذا، مسئولیت قراردادی یکی دیگر از مصادیق ضمانت اجرا است که به‌عنوان حق مطالبه خسارت و با حمایت قانون قادر خواهد بود در حد توان و اهمیت خود از نقض قرارداد یا تعهد جلوگیری کند. به همین دلیل آن را در شمار نخستین گروه از ضمانت اجرا مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

قبل از ورود به بحث اصلی، لازم است متذکر شویم که اگرچه مبنای واقعی هر مسئولیتی اعم از قراردادی و غیرقراردادی قانون است، اما در مسئولیتهای غیرقراردادی نظم عمومی و اخلاق است که ایجاب می کند قانون از تحمیل ضرر و زیان به دیگری جلوگیری کند و یا از حقوق زیان دیده حمایت نماید. برعکس در مسئولیت قراردادی قانون از اختیار ایجاد تعهدی که به اشخاص اعطاء کرده است حمایت می کند و لذا این قرارداد است که ریشه تعهد بوده و مسئولیت نیز از آثار آن به‌شمار می آید. اما نظر به اینکه بزودی، با توجه به موضوع اصلی این کتاب، نوعی دیگر از مسئولیت قراردادی را مورد تحلیل و بررسی قرار خواهیم داد، توجه به این نکته حایز اهمیت فراوان است که آن نفس مسئولیت مورد نظر از قرارداد یا توافق طرفین ناشی نمی‌شود، بلکه تنها ریشهٔ قراردادی داشته و به‌طور غیرمستقیم به آن وابسته است. به خلاف آنچه که درباره نوع دیگری از مسئولیت در آینده سخن خواهیم گفت که صرفاً از اراده طرفین ناشی می‌شود. در اینجا اصل تعهد یا قرارداد از اراده طرفین ناشی می‌شود و حتی اگر طرفین التفات و توجهی به آثار آن از جمله مسئولیت جبران خسارت حاصله از تخلف از اجرای آن تعهد ندارند، اما قانون و حتی عرف

آن مسئولیت را کاملاً به‌رسمیت شناخته و از زیان دیده حمایت می کند و شخص «وارد آورنده ضرر» را مسئول می‌شناسد. در حالی که در مبحث آتی اساساً ایجاد مسئولیت با توافق طرفین است و به صرف تخلف از تعهد اصلی، هر چند نفس تخلف خساراتی را در پی نداشته باشد، شخص «متخلف» مسئول است.

*** شرایط عمومی تحقق مسئولیت قراردادی**

برای اینکه مسئولیت قراردادی تحقق یابد و به تبع آن حکم به لزوم جبران خسارت شود لازم است شروط ذیل وجود داشته باشند:

شرط اول، لزوم وجود قرارداد است. همان گونه که در فوق اشاره شد اگرچه مبنای این مسئولیت قانون است اما به طور مستقیم به قراردادی وابسته است که اگر وجود نمی‌داشت، مسئولیت مورد نظر نیز منتفی بود. لذا وجود قرارداد معتبر و نافذ ضروری است.

شرط دوم، تخلف متعهد از اجرای تعهد قراردادی است. بدین‌معنا که لازم است برای تحقق مسئولیت، متعهد به گونه‌ای از اجرای تعهد تخلف کرده‌باشد. البته چنانچه در مباحث آتی خواهیم گفت، تخلف انواع و اشکال مختلفی دارد که در یك تقسیم‌بندی کلی باید گفت: یا تخلف از موارد و منویات مصرح طرفین در قرارداد موجب مسئولیت است و یا تخلفی که عرفاً به منزله تخلف تلقی شده و اگر شرط خلافی علیه آن نشده باشد موجب تحقق مسئولیت خواهدبود.

نکته مهمی که بیان آن در اینجا حایز اهمیت است اینکه، تخلف یا خودداری متعهد اگر ناشی از اقدام عمدی و یا مبتنی بر تقلب و دسیسه متعهدباشد، هیچگونه شرط عدم مسئولیتی یا توافق قبلی طرفین قادر به ازبین بردن یا کاهش مسئولیت تحقق یافته نخواهد بود. درحالی که اگر تخلف ریشه عمدی نداشته باشد، اجمالاً باید پذیرفت که شرط عدم مسئولیت یا توافق بر نادیده گرفتن مسئولیت، قابل‌قبول است.

در هر حال آنچه مهم است اینکه صرف تخلف در همه نظامها نمی‌تواند علت تامه مسئولیت قراردادی باشد. بلکه در برخی نظامها، تخلف از اجرای تعهد یا به تعبیری دیگر عهدشکنی تنها مقتضای مسئولیت را فراهم می کند. یعنی در صورتی تخلف، شرط تحقق

مسئولیت محسوب می‌شود که مستلزم ورود ضرر و خسارت باشد. از سوی دیگر صرف ورود ضرر و زیان هم در همه جا و در همه موارد موجب مسئولیت برای واردآورنده خسارت نیست. بلکه آن نیز تابع شروطی است که ذیلاً بدان می‌پردازیم:

بنابراین از آنچه گفته شد، یکی از ارکان اصلی شرط دوم، ورود ضرر و خسارت است. یعنی اگر به هر دلیلی متعهداز اجرای تعهدخودداری ورزد ویا از اجرای کامل آن سرپیچی کند، صرف تخلف کافی برای ایجاد مسئولیت نیست بلکه لازم است به تبع تخلف خسارتی نیز بر متعهدله واردآید.

در حقوق انگلیس صرف عهدشکنی و نقض قرارداد موجب مسئولیت است و لذا چنانچه متعهدله قادر به اثبات ورود خسارت نباشد و یا اساساً خسارتی وارد نشده باشد دادگاه به طور سمبلیك فردمتخلف را محکوم به خسارت اسمی[1](بسیارناچیز) می کند که در واقع سمبل برخورد با عهدشکنی و نقض قرارداد تلقی می‌شود. این حکم از سوی دیگر حکایت از ضرورت و لزوم جبران خسارت دارد.

همچنین یکی دیگر از شروط مهم و قابل بحث در اینجا نقش تقصیر قراردادی در تحقق مسئولیت قراردادی و یا احراز تخلف از تعهد است. صرف نظر از مباحث مهم و مفیدی که در خصوص مفهوم تقصیر، تقصیر سنگین، تقصیر عمدی و غیره از سوی حقوقدانان شده است و از ذکر و بررسی آن مباحث در اینجا خودداری می‌شود، پاسخ به این سؤال که آیا تقصیر متعهد در تحقق مسئولیت قراردادی شرط است یانه؟ از اهمیت بسزایی برخوردار است. در پاسخ به این پرسش نظراتی به شرح ذیل ارائه شده است:

۱ـ در میان حقوقدانان انگلیسی و آمریکایی عده‌ای بر این عقیده‌اند که مسئولیت متعهد در جبران خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهد، از نوع مسئولیت محض یا مطلق[2] است و ارتباطی با تقصیر متعهد ندارد.[3] به عنوان مثال در حقوق کامن‌لا، یك متصدی

---

1. Nominal Damages.

(حکم به خسارت اسمی برای دفاع از حقی داده می‌شود که در واقع هیچ خسارت یا صدمه واقعی قابل اثبات نباشد)

John F.O'Connell, Remedies, in a nutshell, 2ed., U.S.A. West Publishing, Co. 1977, P. 63.

2. Strict Liability.

3. Trieitel, Op. Cit., P. 751-2.

حمل و نقل دریایی موظف است تضمین مطلق را برای یك سفر مناسب دریایی بدهد و این کافی نیست که بگوید مواظبت معقول و متعارفی را برای سفر دریایی به عمل می آورد. لذا در بسیاری از تعهدات قراردادی، مسئولیت محض و مطلق است.[۱] اما درعین حال قانون تهیه و عرضه کالا و خدمات مصوب ۱۹۸۲ مسئولیت ناشی از پاره‌ای تخلفات قراردادی را مبتنی بر تقصیر می‌داند.[۲] به بیان دیگر اگر قراردادی صرفاً برای عرضه خدمات منعقد شده باشد مسئولیت نهفته در آن قرارداد، مبتنی بر تقصیر است. اماچنانچه قرارداد برای عرضه خدمات و اجزایی از آن منعقد شده باشد، مسئولیت ناشی از ناقص بودن در جزئیات (اجزاء) غالباً مسئولیت مطلق و محض است.[۳]

۲ـ گروه بزرگی از نویسندگان فرانسوی اعتقاد دارند که در مسئولیت قراردادی تقصیر شرط است. لیکن عده‌ای در توجیه این عقیده می گویند که عدم اجرای تعهد خود تقصیری است که درهرحال به مدیون نسبت داده می‌شود. برخی دیگر عدم اجرای تعهد را اماره تقصیر می‌شمارند.[۴]

اما به نظر می‌رسد کامن‌لا به طور سنتی به مسئولیت مطلق در قرارداد به عنوان یك اصل نگاه می کند و در حقوق مدرن با استفاده از تئوریهای غیرممکن[5] یا فراستریشن[6] آن را تعدیل نموده است. به‌علاوه اختلاف اساسی بین این دو سیستم مشاهده نمی‌شود. کمااینکه برخی معتقدند: این دوسیستم اختلاف اساسی ندارند بلکه در کامن‌لا ساختمان قرارداد بازسازی و احیاء می‌شود اما در حقوق فرانسه یك قاعده‌ای مورد احیاء و تجدید بنا قرار می گیرد. در جایی که طرفین قرارداد فرانسوی برای تقصیرشان مسئول شناخته می‌شوند همتای انگلیسی آنها صرفاً به خاطر نقض یك شرط مندرج در تعهداتشان مسئول شناخته می‌شوند.[۷] ضمن اینکه در حقوق فرانسه با تفکیك مسئولیت جزایی[۸] از مسئولیت

---

1. Ibid - Smit and Thomas, Op. Cit., P. 4.
2. Treitel. Op. Cit., P.753.
3. Ibid. P. 754.

۴. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چاپ اول، تهران، بهنشر، ۱۳۶۸، ش ۷۷۸.

5. Impossibility.
6. Frustration.
7. Barry Nicholas, Op. Cit., P. 30.
8. Responsibility Delictuelle.

قراردادی[1]، برجسته‌ترین عامل تمایز آن دو را تقصیر می‌دانند که از نظر آنها این امر برای حقوقدانان انگلیسی تعجب‌آور است.[2]

۳ـ در حقوق ایران وضع به گونه‌ای دیگر است. در عین حال تا حدودی دقیق و منطقی‌تر به‌نظر می‌رسد. اختلاف ظاهری در پاره‌ای از مواد قانون مدنی ایران[3] این توهم را به‌وجود آورده است که تبعیضی در میان این مقررات پدید آمده و پاسخ قانع کننده‌ای وجود ندارد. توهم کننده معتقد است در مواردی که تعهد به تسلیم عین معین یا حفاظت از چیزی در میان باشد و به تعبیر دیگر هرگاه تعهد به وسیله باشد[4] مسئولیت قراردادی مبتنی بر تقصیر است، درحالی که اگر در امری تعهد بر نتیجه باشد مثل غالب قراردادهای تجارتی، انتقال و مبادله کالا و پول، مسئولیت مطلق و محض است.[5]

اما باید گفت، در جمیع تعهدات، از دو اصل اساسی و بنیادین هیچ‌گاه نباید دست کشید و از کم رنگ کردن آنها به قاطع پرهیز کرد. اصل اول، اصل وجوب وفای به عهد و اصل دوم، اصل لزوم جبران خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهد است.

اگر اصل اول را به عنوان مهم‌ترین اصل در روابط حقوقی انسانها بدانیم و بدون آن اساساً تشکیل هرعقد و قرارداد و یا تحقق هر تعهدی را بیهوده و لغو تلقی کنیم، بدیهی است که اصل دوم یعنی اصل لزوم جبران خسارت نیز مهم‌ترین ضامن و حافظ اصل نخستین خواهدبود. چراکه اگر بناباشد تعهدات، لازم الوفاء تلقی شوند اما درعین حال عملاً اجرا نشوند و یا در اثر اجرا موجب ضرر و زیانی برای متعهدله باشند و از سوی دیگر آن ضرر و زیان نیز جبران ناشده باقی بمانند، این امر چیزی جز به بازی گرفتن و بی‌پایه دانستن اصل

---

1. Responsibility Contractual.

2. Ibid.

۳. ماده ۲۲۷: متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام (تعهد) به‌واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود. ماده ۲۲۹: اگر متعهد به‌واسطه حادثه که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود.

۴. ماده ۶۱۴: امین ضامن تلف یانقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد مگر در صورت تعدی و تفریط. ماده ۶۴۰: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد مگر در صورت تفریط یاتعدی. مواد مشابه ۴۹۳، ۵۵۶، ۵۸۴.

۵. ناصر کاتوزیان، **قواعدعمومی قراردادها**، ج ۴، پیشین، ش ۷۷۸.

نخستین نخواهد بود. بنابراین آنچه مسلم است اینکه در جمیع تعهدات باید اصل را بر لزوم وفا به مدلول آنها و وجوب وفای به کلیه آنچه متعهد بر عهده گرفته است دانست. بر همین اساس نیز باید گفت، اصل در تعهدات قراردادی یعنی مفاد مواد ۲۲۷، ۲۲۹ و نظایر آن وجوب وفای به تعهد است و در صورت عدم وفای به تعهد و به تعبیر دیگر تخلف از اجرای تعهد باید پای‌بند و ملتزم به اصل دیگر یعنی اصل لزوم جبران خسارت ناشی از آن شد. همچنین در تعهداتی که بر اساس همین نظریه[1]، تعهد به وسیله است بازهم باید گفت اصل این است که هر کس مالی را ازدیگری بگیرد و یا به نحوی بر آن مسلط شود ضامن آن است و باید آن را به مالك و صاحبش پس دهد. درغیراین صورت او نیز به تعهد خود عمل نکرده و در صورت تخلف، مسئول جبران خسارت وارده است. این اصل لزوم جبران خسارت در کلیه تعهداتی که برشمردیم چنان ساری و جاری است که کمترین تردیدی در آن روانیست. بی‌شك در مستندات این اصل باید از قاعده لاضرر یادکرد که به تعبیر برخی از نویسندگان[2] از چنان استحکام و پایه‌ای برخوردار است که مدلول این قاعده را جزء مستقلات عقلیه دانسته و مهم‌ترین دلیل بر حجیت آن را منبع چهارم فقه، یعنی عقل برشمرده‌اند.

لذا اصل لزوم جبران خسارت ناشی از هر تعهدی را باید پس از اصل نخستین، اصل‌الاصول در تعهدات دانست. نتیجه مهمی که از مطالب فوق حاصل می‌شود این است که تخلف از اجرای تعهدی که مستلزم ورود خسارت باشد، صرف نظر از اینکه تعهد از جمله تعهدات به وسیله باشد یا نتیجه، در هر صورت و در هر مورد موجب لزوم جبران خسارت از سوی متخلف است و این امر فارغ از آن است که متعهد متخلف، مقصرهم بوده است یانه. بنابراین فرض چنین است که در هیچ تعهدی نباید تقصیر را مبنای مسئولیت دانست. بلکه اولاً اصل، لزوم وفا به تعهد است و ثانیاً اصل، لزوم جبران خسارت ناشی از عدم وفا به تعهدات هست و بس.

بله، ممکن است گفته شود در تعهدات به وسیله، نظیر آنچه در مواد ۶۱۲، ۶۴۰ و

---

۱. همان ـ ناصر کاتوزیان، **نظریه عمومی تعهدات**، پیشین، ش ۴۱۴.

۲. سیدمصطفی محقق داماد، **قواعدفقه**، **بخش مدنی**، چاپ اول، تهران، نشرعلوم اسلامی، ۱۳۶۳، قاعده لاضرر.

مواد مشابه آن آمده است چنانچه متعهد متخلف بویژه متعهد ناکام (مثل جراح ناموفق) را در هر صورت مسئول و موظف به اثبات عدم تقصیر بدانیم دور از انصاف و عدالت است. به تعبیر دیگر باید در تعهدات به وسیله، مبنای مسئولیت را تقصیر دانسته و مدعی خسارت را موظف به اثبات تقصیر کنیم. در پاسخ باید گفت اگرچه تتیجه بویژه در مقام نزاع و اثبات ممکن است چنین شود، اما، اولاً در لزوم جریان دواصل اساسی فوق‌الاشاره در کلیه تعهدات نباید تردید کرد. ثانیاً نتیجه حاصله از آن دو اصل، یعنی مسئولیت محض در تعهدات نیز قابل انکار به‌نظر نمی‌رسد. ثالثاً استثنائاتی در این مقدمات و نتیجه قابل قبول است که مبنا و محمل شرعی آن مستنداتی است که در لسان شرع و ادله نقلی مشاهده می‌شود. یعنی اگر دیده می‌شود قواعدی مثل قاعده ضمان ید (علی الید ما اخذت حتی تؤدیه)، که اساساً مبتنی بر اصولی نظیر لزوم وفای به عهد و لزوم جبران خسارت حاصله از عهدشکنی هستند و به دلیل لطف شارع مقدس در کاهش و حذف سخت گیری برپاره‌ای از اشخاص، در جایی فاقد ضمانت اجرا می گردند، نباید تصورشود که در تعارض و تنافی با اساس آنچه در باب مسئولیت قائل شده‌ایم قرار دارند. به دیگر سخن، شارع مقدس هیچ عهدشکن یا متخلف از اجرای تعهدی را مصون از تحمل اصل لزوم جبران خسارت که ناشی از عملکرد اوست ندانسته، الاّ در جایی که متعهد از زمره محسنین[1] باشد. طبیعی است که در نظر شرع و عرف، پزشك حاذق، مستأجر، مستعیر، مستودع و نظایر آنها چنین فرض می‌شوند که در صورت قبول طرف مقابل، مبنی بر ایجاد تعهد برعهده آنها، اشخاصی امین بوده و سخت گیری بر آنها روا نباشد. لذا در صورت مشاهده تخلف در اجرای تعهد، مسئولیت او مبتنی بر تقصیر است و مدعی باید اثبات تقصیر کند و متعهد امین جز سوگند تکلیفی برای اثبات عدم تقصیر ندارد.[2]

شایان ذکر است، مسئولیت قراردادی مبتنی بر تقصیر باشد یا نباشد و یا به هر گونه

---

۱. ماعلی المحسنین من سبیل (سوره توبه، آیه ۹۱).

۲. لیس علی الامین الاالیمین. ۱ـ شیخ محمدبن الحسن بن علی الطوسی، نهایه، کتاب المتاجر، باب الودیعه والعاریه، قم، انتشارات قدس محمدی، ص ۴۳۵، ۲ـ ابو القاسم نجم الدین جعفربن الحلی (علامه حلی)، مختصر النافع، کتاب الودیعه والعاریه، چاپ اول، قم، انتشارات لقمان، ۱۳۶۸، ص ۱۵۱، ۳ـ شهیدین، شرح لمعه، ج ۴، کتاب العاریه، پیشین، ص ۲۶۰.

تفصیلی در این خصوص قائل شویم، آنچه مسلم است هدف از مسئولیت قراردادی جبران خسارت وارده بر متعهدله است، که از عملکرد متعهد ناشی شده باشد و این تکلیف قانونی به یقین یکی از مصادیق مهم ضمانت اجرای تعهدات به‌شمار می‌رود.

اما آنچه پس از این مرحله حایز اهمیت است اینکه صرف ادعای ورود خسارت کافی نیست و اگر چه متعهد متخلف در برابر متعهد له مسئولیت محض دارد اما اثبات ورود ضرر و خسارت بدون تردید برعهده مدعی ورود خسارت است و مدعی آن در صورتی به نتیجه می‌رسد که ضرر وارده را اثبات کند. کمااینکه ماده ۷۲۸ ق. آ. د. م. ایران می گوید: «در مورد ماده فوق (دعوای مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن) در صورتی دادگاه حکم به خسارت می‌دهد که مدعی خسارت ثابت کند که ضرر به او وارد شده...».

گفتار دوم ـ ضمانت اجراهایی که ریشه قراردادی دارند

دومین گروه از ضمانت اجرا، حقوق یا اختیاراتی هستند که هرچند قانون از آنها حمایت می کند اما همانند دسته نخست زائیده خود قانون نیستند، بلکه ریشه قراردادی دارند. یعنی اگرچه این گروه از ضمانت اجراها مورد حمایت قانون هستند و به همین اعتبار نیز با اتکاء به قدرت عالی و عمومی می توان آنها را اعمال کرد، اما تکوّن و نقطه آغازین آنها به دست تراضی و توافق ارادی طرفین بوده و محصول قرارداد فیمابین طرفین است. در گروه نخست صرف قرارداد یا تعهد اصلی کافی بود که در صورت تحقق، ضمانتهای اجرایی که در آن گفتار برشمردیم متعاقب آن تعهدات پدیدار شوند. اما در اینجا اولاً تعهدی به موجب قرارداد یا عقدی ایجاد می‌شود. ثانیاً طرفین برای سهولت برخورد با متخلف و کاهش مشکلات اثبات ورود خسارت یا تقصیر و یا به هر دلیل دیگری رأساً ضمانت اجرای مورد نظر خود را در ضمن عقد یا قرارداد اصلی در نظر می گیرند که گروه نخست از ضمانت اجرا بعضاً برای این دسته از ضمانت اجرا نیز به نوبه خود ضمانت اجرا محسوب می‌شوند. لیکن آنچه مهم است اینکه، این دسته از ضمانت اجراها هم، زمانی سودمند و کارآمد می‌باشند که قانون از آنها حمایت کند تا شخصی که می خواهد از حقوق مندرج در

این ضمانت اجراها بهره جوید بتواند به کمك قوای عمومی، فردمتخلف و نقض کننده تعهد را وادار به اجرای تعهد یا جبران خسارت ناشی از تخلف بنماید.

آنچه را در اینجا به عنوان ضمانت اجرا می توان برشمرد به اختصار عبارتند از:

۱ـ شرط وجه التزام

۲ـ رهن یا وثیقه‌های اجرای تعهدات

۳ـ شرط حق فسخ (شرط خیار)

۴ـ شرط خسارت یا «تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد» که هدف و عنوان اصلی این کتاب می‌باشد.

بند اول ـ شرط وجه التزام

چنانچه سابقاً نیز گفته‌ایم، اثر نقض عهد یا خودداری از اجرای تعهد، ایجاد مسئولیت برای جبران خسارت ناشی از آن می‌باشد. اما بسیار اتفاق می‌افتد که اشخاص به دو دلیل عمده از همان ابتدا یعنی هنگام عقد قرارداد درخصوص میزان مسئولیت و طرق جبران آن نیز اتخاذ تصمیم می کنند. نخستین دلیل آنان جلوگیری از نقض عهد است. یعنی هرگاه یکی از طرفین یا هردوطرف چنین احساس کنند، یا احتمال دهند که طرف مقابل ممکن است به هر دلیلی از اجرای تعهد خودداری ورزد، به منظور تضمین اجرای قرارداد اقدام به خلق تعهد دیگری می کنند.

دومین دلیل، کاهش نزاع، تسهیل امر رسیدگی به آن و تقلیل بار اثبات ورود ضرر و زیان و غیره می‌باشد. بنا به همین دلایل، طرفین قاطعانه اراده خود را برلزوم اجرای تعهد اعلام می کنند و ضمن اینکه برقوت و استحکام عقد و ضمانت اجرای آن می‌افزایند، کیفر و مجازات متخلف از اجرای تعهد را نیز پیشاپیش تعیین می نمایند.

وجه التزام یکی از شناخته شده‌ترین و رایج‌ترین شیوه‌های اعلام اراده طرفین درخصوص جبران خسارات احتمالی ناشی از نقض قرارداد است. تعیین وجه التزام تقریباً در تمامی نظامهای حقوقی معروف جهان به‌رسمیت شناخته شده است. حتی در نظام حقوقی سوسیالیسم تعیین وجه التزام لازم و ضروری است. در این نظام درج شرط وجه

التزام عمدتاً برای تضمین اجرای تعهد است و جنبه کیفری، و چهره مجازات آن بیش از چهره تخمین خسارات احتمالی است.[۱]

در خاتمه این فراز لازم به تذکر است که چون وجه التزام یکی از شروط ضمن عقد و شبیه‌ترین آنها به شرط مورد بحث می‌باشد و علاوه بر اینکه از حیث ضمانت اجرا بودن از جهات دیگری هم مورد توجه این کتاب است، لذا لازم دیدیم تفصیل مباحث مربوط به آن را در فصل دوم که بحث از موارد مشابه می‌شود بیاوریم. بنابراین از تکرار آن در اینجا خودداری می‌شود.

بند دوم ـ رهن یا وثیقه‌های تضمین اجرای تعهدات

بسیار اتفاق می‌افتد که طرفین قراردادی توافق می‌کنند، به منظور تضمین اجرای قرارداد، متعهد، وثیقه‌ای در نزد متعهدله بسپارد تا در صورت تخلف از اجرای قرارداد، متعهدله از طریق آن وثیقه به حقوق خود دست یابد.

وثیقه از وثیق به معنای محکم و استوار است و به چیزی گفته می‌شود که بدان عهد و پیمانی رامحکم و استوار می‌سازند. در اصطلاح نیز به مالی گویند که در ازای دریافت وام یا قرضی، وام گیرنده آن را در اختیار وام دهنده می‌گذارد تا در صورت بازپس ندادن قرض یا وام، وثیقه گیرنده از محل فروش آن طلب خود را وصول کند. همچنین به مالی گویند که برای تضمین حسن اجرای تعهد داده می‌شود تا در صورت تخلف، متعهدله (وثیقه گیرنده) از محل فروش آن خسارات وارده را جبران کند. در معنای اخیر به خلاف معنای نخست که بدان رهن نیز گفته می‌شود، دین محقق و بالفعلی وجودندارد، بلکه وثیقه بابت دینی گذاشته شده است که محتمل الوقوع بوده (ناشی از بروز تخلف و ورودخسارت) و در صورت تحقق از طریق آن جبران می‌شود.

در هر دو صورت، یعنی رهن یا وثیقه‌ای که در نظر گرفته می‌شود، مهم‌ترین نقش آنها تضمین اجرای قرارداد است. به بیان دیگر، وثیقه دهنده متعهد است که وام اخذ شده را در

---

۱. رنه دیوید، پیشین، ص ۲۹۷، ش ۲۶۱.

موعد مقرر بپردازد و یا تعهد ایجادشده در قرارداد را بدرستی ایفاء کند و نیز پذیرفته است که در صورت تخلف، متعهد له حق داشته باشد از محل فروش وثیقه طلب یا خسارات ناشی از تخلف را وصول یا جبران کند. بنابراین وثیقه‌ها اعم از قراردادی، قضائی یا قانونی نقش ضمانت اجرای تعهدات را ایفاء می کنند.[۱]

امروزه وثائق مالی به شکل پیچیده‌تری مورد استفاده تجار و بازرگانان، بویژه بازرگانان بین‌المللی، قرار می گیرند. در شکل پیچیده‌تر امروزی ورود اشخاص ثالثی مثل بانکها، بیمه‌ها و یا بخشهای خاص دولتی بکلی قالب سنتی آن را تغییر داده و موضوع مراودات و معاملات تجاری داخلی و بین‌المللی را از سهولت بیشتری برخوردار کرده‌اند. نقش بانکها، علی‌الخصوص، به گونه‌ای گسترده و فراگیر شده است که به جرأت می توان گفت، کمتر معامله‌ای در سطح بین‌المللی صورت می گیرد که بانکها در آن نقشی نداشته باشند. از سوی دیگر حجم مبادلات بین‌المللی و گسترش زائدالوصف این مهم در جهان معاصر، اختلاف حقوق داخلی طرفین قراردادها و پاره‌ای اختلافات مهم و اساسی دیگر همگی سبب شده‌اند که دست‌اندرکاران امر تجارت و مبادلات بین‌المللی اقدام به خلق قوانین و مقررات متحدالشکلی کنند تا هرچه بیشتر و مطلوبتر بر سهولت و سرعت این امر جهانی بیفزایند. تخلف یا عدم حسن انجام کار در پروژه‌های بسیار مهم عمرانی مثل سدسازی، احداث نیروگاههای هسته‌ای و یا مجتمع‌های بزرگ و غیره ممکن است به حدی مهم و اساسی جلوه کند که یا جبران خسارات ناشی از تخلف، بسادگی از سوی متعهد امکان‌پذیر نباشد و یا در صورت امکان‌پذیر بودن به دلیل اختلافات سیاسی دولتهای متبوع طرفین قراردادها، مطالبه خسارات وارده دستخوش مشکلات ناشی از آن شده و غیرممکن گردد. لذا موضوع اخذ وثیقه و به تعبیر امروزی ضمانت‌نامه‌های معتبر و اطمینان بخش در این قبیل قراردادها از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است.

بنابراین باتوجه به تشابه ضمانت‌نامه‌ها، که عموماً توسط بانکها یا مؤسسات اعتباری و نظایر آنها صادر می‌شوند، با وثیقه و اشتراك ماهوی و کاربردی، چنین به نظر می‌رسد

---

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، پیشین، ص ۱۴۸.

تعریف مصطلح وثیقه را بتوان به صورت ذیل تعمیم و توسعه داد:

«وثیقه مال یا سندی است که متعهد در ازای دین یا تعهد به‌وجودآمده در اختیار متعهدله یا شخص مورد قبول اوقرار می‌دهد تا در صورت قصور یا تخلف، متعهدله بتواند با استفاده از آن (وثیقه) طلب خود را وصول و یا خسارات وارده را جبران کند».

بدین ترتیب با تعریفی که بیان شد اعتبار نامه‌های تضمینی[1] ونیز ضمانت‌نامه‌های بانکی[2] از جمله وثیقه‌هایی هستند که در قراردادها بویژه قراردادهای بین‌المللی نقش بسزایی در تضمین اجرای آنها دارند. این قبیل وثیقه‌ها هریك کاربردخاص خود را دارا هستند. مهم‌ترین کاربرد ضمانت‌نامه‌های بانکی درخصوص شرکت در مناقصه یا مزایده و یا به منظور حسن انجام تعهدات اتفاق می‌افتد. ضمانت نامه شرکت در مناقصه یا مزایده[3]، سندی است که طبق آن بانك یا هر مؤسسه اعتباری صادر کننده دیگر بنا به درخواست متقاضی (مضمون عنه) متعهد می‌گردد مبلغ معینی را بابت تقصیر مضمون عنه در ازای تکالیفی که ناشی از ارائه پیشنهاد شرکت در مناقصه یا مزایده است در وجه متعهد له (دعوت کننده به مناقصه یا مزایده) پرداخت نماید. این ضمانت‌نامه‌ها که معمولاً معادل درصدی از قیمت پیشنهادی موضوع موردمناقصه یا مزایده هستند به درخواست متقاضی شرکت در مناقصه یا مزایده از سوی بانك صادر می‌شوند تا در صورت قبول شدن پیشنهاد او در مناقصه یا مزایده چنانچه از انعقاد قرارداد جهت اجرای موضوع مورد مناقصه یا مزایده خودداری ورزد به نفع دعوت کننده به مناقصه یا مزایده (مثلاً فروشنده یا کارفرما) ضبط گردد.

باصدور ضمانت‌نامه‌های فوق‌الذکر خاطر متعهدله (کارفرما) معمولاً آسوده می‌شود و علی‌القاعده چنین انتظار می‌رود که متقاضی شرکت در مناقصه یا مزایده اقدام به انعقادقرارداد خواهد نمود. اما پس از انعقاد قرارداد فصل جدیدی از روابط بین طرفین (مثلاً کارفرما و پیمانکار) آغاز می‌شود. ازاین پس مهم‌ترین دغدغه کارفرما از آن جهت است که پیمانکار به تعهدات خود به نحو مطلوب عمل نکندو یابه بیان دیگر در اجرای تعهدات

---

1. Standby L/C.
2. Bank Guarantees.
3. Letter of guarantee for tender of bid bond.

تخلف نماید. لذا به منظور کاهش نگرانی کارفرما (متعهدله) ضمانت‌نامه‌هایی که اغلب معادل پنج تا ده‌درصد مبلغ کل قرارداد است به درخواست پیمانکار (متعهد) از سوی بانکها صادر و به متعهدله تسلیم می‌شود. این ضمانت‌نامه‌ها که موسوم به ضمانت‌نامه‌های حسن انجام تعهدات[1] یا حسن انجام معامله هستند، تضمین مناسبی برای اجرای تعهدات به‌شمار می‌روند.

در هر حال ضمانت‌نامه‌های بانکی امروزه نقش مهمی را در عرف تجارت بین‌المللی بازی می‌کنند که اغلب توسط بانکهای معتبر یا مؤسسات اعتباری شناخته شده‌ای صادر می‌شوند و مهم‌ترین هدف آنها جبران خساراتی است که احتمالاً به دلیل عدم انجام تعهدات طرف متعهد، متوجه متعهدله می‌شود.

با صرف‌نظر از مباحث مربوط به ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی که چه آن را تعهد یکطرفی (ایقاع) و یا عقد بدانیم، همچنین چه آن را تعهد به نفع شخص ثالث تلقی کرده و یا از تعهدات تبعی به‌شمار آوریم، آنچه مسلم است اینکه در حقوق ایران باتوجه به مواد ۳۳ و ۳۴ ق. ث. و مواد ۱۰ و ۲۹۲ و نیز مواد مندرج در مبحث اول از فصل چهاردهم ق. م. ایران (عقدضمان)، این ضمانت‌نامه‌ها مورد قبول قانونگذار ایرانی بوده و حقوقدانان مانیز مشروعیت قانونی آن را مورد تأیید قرار داده‌اند.[2]

اعتبارنامه‌های تضمینی نیز عملکرد مشابهی با ضمانت‌نامه‌های بانکی دارند. طرفین، اعتبارنامه تضمینی رابه منظور تضمین خسارات احتمالی ناشی از تخلف متعهد در انجام تعهدات به کار می‌برند. هیئت مدیره فدرال رزرو آمریکا اعتبارنامه تضمینی را نوعی اعتبارنامه تلقی نموده که طبق آن صادر کننده در برابر (متعهدله) ذینفع متعهد می‌شود که ۱ـ... ۲ـ... ۳ـ... در ازای هرگونه قصور دستوردهنده در انجام تعهداتش مبلغی را بپردازد.[3]

---

1. Letter of guarantee for good execution or performance of the contract.

۲. به منظور مطالعه بیشتر ر.ك. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، پیشین، ص ۲۵۲ به بعد ـ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود اذنی، وثیقه‌های دین، چاپ اول، تهران، بهنشر، ۱۳۶۴، ش ۱۳۲ به بعد ـ محمد جعفر جعفری لنگرودی، دوره حقوق مدنی، عقد ضمان، بخش ۴، فصل اول، شماره ۱۴۰ به بعد.

۳. ریچاردجی، دریس کول، نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۱، سال ۱۳۶۳، ص ۱۲۰.

مهم‌ترین وجوه افتراق بین ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارنامه‌های تضمینی عبارتند از:

۱ـ ضمانت‌نامه‌ها نسبت به قرارداد اصلی جنبه تبعی و فرعی دارند. یعنی بانک ضمانت کننده نسبت به قرارداد تعهد ثانوی پیدا می‌کند و مکلف است قصور و تخلف مضمون عنه را که مورد ادعای مضمون‌له است احراز کند و یا می‌تواند دفاع متعهد اصلی را به عنوان دفاع خودمورد استفاده قرار دهد. به خلاف اعتبارنامه تضمینی که نوعی تعهد ابتدایی بوده و بانک صادر کننده هیچ مسئولیتی در خصوص قرارداداصلی ندارد.[1]

۲ـ بانکهای تجاری آمریکا، برخلاف اعتبارنامه‌های تضمینی، قانوناً حق ندارند در معاملات مربوط به ضمانت‌نامه‌ها و صدور آنها دخالت کنند و طبق قانون نباید بدهی اشخاص را تضمین کنند. نگرانی قانونگذار و محاکم از این جهت است که صدور ضمانت‌نامه‌ها سبب ورشکستگی بانکها می‌شوند. در ایالات متحده آمریکا ضمانت‌نامه‌های بانکی به‌منزله‌وام تلقی شده‌و از جمله‌وامهای اعطایی آنها به حساب می‌آید. لذا بانکهای آمریکا تمایل دارند این گونه ضمانت‌نامه‌ها را به صورت اعتبارات اسنادی صادر کنند که در واقع همان اعتبار نامه‌های احتیاطی یا تضمینی محسوب می‌شوند.[2]

بند سوم ـ شرط خیار، خیار شرط، خیار قراردادی (Option of Condition - Option by Stipulation)

یکی دیگر از اقسام ضمانت اجرای مدنی تعهدات که ریشه قراردادی دارد و می‌تواند وسیله‌ای برای جبران ضرر ناشی از عقود و تعهدات گردد و یا حداقل مانع از ورود ضرر و زیان شود، شرط خیار قراردادی یا اصطلاحاً خیار شرط می‌باشد.[3] خیار شرط برخلاف سایر خیارها ساخته تراضی طرفین است و زمانی به‌وجود می‌آید که دوطرف عقد آگاهانه و

1. U.C.C. - Act. 109 - 5 - 114-5.

۲. علی فتحی‌پور، ضمانت در معاملات بین‌المللی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۳، سال ۱۳۶۹، ص ۱۳۷.

۳. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، **حقوق تعهدات**، پیشین، ش ۱۹۹ ـ محمد جعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۷، ش ۲۱۲۶ و ۲۱۳۱.

با اراده قاطع خود درخصوص آن تصمیم می گیرند. خیارشرط که ناشی از اراده طرفین است حق یا اختیاری است که به صورت شرط ضمن عقد لازم ظاهر می‌شود و صاحب این حق می تواند با استفاده از آن عقد را از استحکام و استواری خاص خود متزلزل سازد. این حق به هم زدن عقد از آن جهت نقش ضمانت اجرای عقود و قراردادها را بازی می کند که ابزاری است در اختیار صاحب آن تا به محض احساس خطر یا ضرر از سوی طرف مقابل که به قصد تخلف یا ایراد ضرر و زیان از اجرای کامل و مطلوب تعهد سرپیچی کند، می تواند به کمك آن عقد را متزلزل ساخته و در معرض انحلال قرار دهد. البته زمانی این نقش برجسته و کارآمد است که طرف مقابل از تداوم و بقای عقد سود جسته و انحلال عقد به زیان او یا به تقلیل منافع و عایدات او منجر گردد. در این صورت چنانچه بخواهد از بقای عقد سوءاستفاده کند و به هر دلیلی از قبیل فزون‌طلبی یا اضرار به غیر، از تعهدات مندرج در قرارداد تخلف نماید، صاحب حق به کمك خیارشرط قادر خواهدبود با انحلال عقد، منافع طرف مقابل را در معرض خطر قرار دهد. بنابراین در چنین صورتی، بدیهی است که طرف مقابل که احساس می کند منافع او در معرض خطر بوده و یا عدم بقای عقد مستلزم خسارات دیگری برای او خواهد بود، از اجرای مطلوب قرارداد تخلف نورزد. این همان چیزی است که مابدان ضمانت اجرای تعهد می‌نامیم. یعنی خیار شرط وسیله‌ای است برای اجرای الزامات ناشی از قرارداد و یا جبران ضرر و زیان ناشی از تخلف از اجرای تعهد.

برای روشن تر شدن موضوع لازم است اشکال مختلف شرط خیار را بررسی کنیم. آنگاه به برخی از نکات مهم و قابل توجه این مبحث بپردازیم.

صورت اول ـ ممکن است طرفین قرارداد شرط کنند که هرگاه رویداد خاصی اتفاق افتد مثلاً فروشنده ثمن معامله را پس دهد یا در صندوق خاصی ایداع نماید، عقد فسخ می‌شود. این شرط در واقع شبیه شرط انفساخ عقد است، هرچند که مبتنی بر تصمیم یکی از طرفین است. اما نکته حایز اهمیت در اینجا این است که در اعمال شرط فسخ (شرط خیار)، قصد، اهلیت و سلامت اراده اعمال کننده حق فسخ یا خیار از سوی مشروط له لازم است. به بیان دیگر در شرط خیار، فسخ نوعی عمل حقوقی است که نیازمند انشای صاحب خیار است. اما در شرط انفساخ هر دو طرف در انحلال قرارداد تصمیم می گیرند و آن را

منوط به واقعه و حادثه‌ای می کنند که ممکن است قصد و اراده آنها هیچ نقشی در تحقق آن حادثه نداشته باشد. مثلاً فروشنده خانه‌ای شرط می کند مادام که خریدار در استخدام شرکت خاصی بوده و در همان خانه ساکن باشد مالکیت برای او باقی است والا تغییر شغل سبب انفساخ عقد است. در چنین مثالهایی تمایز شرط خیار از شرط انفساخ تا حدودی آشکار و واضح است. اما مشکل در جایی ظاهر می‌شود که بروز حادثه پیش‌بینی شده در عقد، در حیطه اختیار یکی از دو طرف باشد. در این حالت است که تمییز آن دو مشکل می نماید. نظیر مثالی که در صدر همین فراز (صورت اول) آمد. یعنی ایداع ثمن در صندوق خاص حادثه‌ای است که وقوع آن کاملاً در اختیار فروشنده است و او می تواند با صرف نظر از آن عقد را کماکان در قوت و استحکام خود حفظ کند. لذاست که برخی صاحب‌نظران آن را از اقسام خیار شرط دانسته[1] و برخی دیگر معتقدند باید آن را خارج از احکام خیار شرط و تابع قواعد کلی شروط و از جمله در سایه ماده ۱۰ ق. م. مورد تحلیل و بررسی قرار داد.[2]

بخوبی روشن است که این صورت از شرط چندان نقشی تحت عنوان ضمانت اجرا از تعهد را به همرا خودندارد.

صورت دوم ـ ممکن است در قرارداد شرط شود که هرگاه متعهد از اجرای تعهد تخلف کند متعهدله یا شخص ثالث حق دارد بدون مراجعه به دادگاه عقد را فسخ کند. ضمناً تشخیص تخلف با متعهدله است. در چنین صورتی عنان عقد در اختیار متعهدله است و اراده او در انحلال عقد نقش تام و کاملی دارد.[3] این شرط تابع قواعد عمومی شروط است و چنین به‌نظر می‌رسد که باید آن را نیز تحت حکم ماده ۱۰ ق. م. مورد تحلیل و بررسی قرار داد و به علاوه می توان گفت همانند صورت اول، وقوع تخلف، متعهدله را مسلط بر انفساخ عقد می‌سازد نه فسخ آن.

صورت سوم ـ هرگاه در قرارداد شرط شود که در مدت معینی یکی از طرفین یا

---

۱. شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۲۳۰ ـ امام خمینی(ره)، کتاب‌البیع، ج ۴، پیشین، ص ۲۲۵.
۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چاپ اول، تهران، بهنشر، ۱۳۶۹، ص ۱۶۱.
۳. ماده ۱۷۸۶ ق. م. اتیوپی.

هر دو و یا شخص ثالثی حق فسخ معامله را دارد، بدون‌شك این شرط از مصادیق بارز خیار شرط یا شرط خیار است. این دو صورت اخیر بی تردید می توانند ضمانت اجرای قرارداد محسوب شده و چنانچه شخص متعهد تمایلی به انحلال عقد نداشته باشد بایدحداکثر تلاش خود را بکار گیرد تا انگیزه و زمینه اعمال شرط را در متعهدله از بین ببرد. ماده ۳۹۹ ق. م. ایران، در مبحث خیارات و تحت عنوان خیار شرط مشروعیت قانونی آن را در عقد بیع تصریح نموده است. اما برای روشن‌تر شدن موضوع نکاتی چند در این خصوص لازم به یادآوری است:

الف: اگرچه از ظاهر ماده ۳۹۹ چنین استنباط می‌شود که خیار شرط مختص عقد بیع است اما با توجه به حکم عام ماده ۴۵۶ ق. م. که می گوید: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است»، چنین باید گفت این خیار در سایر عقود و معاملات لازمه نیز قابل اعمال است.[1] اما در عین حال با توجه به صریح ماده ۱۰۶۹ ق. م. شرط خیار فسخ در عقد نکاح باطل است.[2] همچنین شرط خیار در ایقاعات و عقود جایزه نیز معقول به‌نظر نمی‌رسد و شرط خیار در آنها لغو و غیرعقلایی تلقی شده است.[3] در وقف نیز جعل شرط خیار صحیح نیست. برخی معتقدند چون وقف ایقاع است خیار شرط باطل است[4] و برخی دیگر گفته‌اند چون مقتضای عقد وقف تسبیل منافع است لذا شرط خیار فسخ طبق ماده ۲۳۳ ق. م. باطل و مبطل عقد است.[5] بعضی دیگر نیز معتقدند چون حبس با شرط خیار وقف نخواهد بود لذا شرط باطل است.[6]

همچنین گفته شده است در صدقه، رهن، ضمان نیز جعل شرط خیار صحیح نیست

---

۱. شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۲۳۲.

۲. امام خمینی(ره) کتاب‌البیع، ج ۴، پیشین، ص ۲۶۳، ایشان مدعی اجماع و عدم خلاف بین اصحاب شده‌اند.

۳. همان، صص ۲۶۱-۲۵۲.

۴. همان، ص ۲۶۱.

۵. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، پیشین، ص ۷۰ - علامه‌حلی، تذکره، پیشین، ج ۱، کتاب‌الوقف - شیخ طوسی، مبسوط، ج ۲، چاپ تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۵۱، ص ۸۱.

۶. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، پیشین، ص ۱۶۲.

و پاره‌ای استدلالها بر آن اقامه کرده‌اند.[۱] حاصل آنکه، چنین باید گفت هر گاه ثابت شود لزوم عقد از احکام مربوط به نظم عمومی است شرط خیار تأثیری در عقد نداشته باشد و بلکه باطل تلقی می‌شود.

ب: لزوم تعیین مدت خیار نیز ازجمله مواردی است که باید بدرستی رعایت شود. مهم‌ترین دلیل سختگیری قانونگذار ایرانی، لزوم معلوم بودن موضوع عقد در زمان تراضی است. از شرایط اساسی صحت معامله در حقوق ایران معلوم و معین بودن موضوع معامله است. تراضی بر مدت مجهول در شرط خیار موجب غرری شدن موضوع معامله شده و این جهل در عقد نیز سرایت کرده و آن را نیز مجهول می‌سازد.[۲] بخوبی روشن است که حق فسخ نامعلوم به طور مستقیم بر موضوع معامله تأثیر ندارد، اما دامنه التزام به مفاد عقد را مبهم می‌سازد و چنین ابهامی از ارزش مورد معامله می کاهد. قانون‌مدنی ایران نیز صراحتاً در ماده ۴۰۱ هم شرط خیار نامعین را باطل و هم عقد مشروط بدان را باطل اعلام کرده است.

ج: شرط خیار، شرط ضمن عقد است. اما ممکن است قبل از عقد مورد توافق قرار گرفته باشد و یا پس از انعقاد عقد بدان ملحق شود. لیکن آنچه مهم است اینکه باید بین عقد و تعهدناشی از شرط علاقه و ارتباطی مثل رابطه بین اصل و فرع وجود داشته باشد.[۳]

د: شرط خیار ممکن است بالزوم پرداخت خسارت از سوی متعهد نیز همراه باشد. به بیان دیگر طرفین می توانند چنین توافق کنند که یکی از طرفین یا هردو و یا شخص ثالثی در مدت معینی حق فسخ معامله را داشته به علاوه خسارات ناشی از فسخ نیز باید جبران شود. در چنین فرضی ممکن است مبلغ و میزان خسارات احتمالی پیشاپیش معلوم شود و همانند وجه‌التزام موردتوافق طرفین قرار گیرد و یا ممکن است بدون تعیین میزان آن، علی‌القاعده به قواعد عمومی خسارات محول گردد.

این شرط بویژه در جایی که زمان اجرای تعهد در شرف انقضاء است و متعهدله نیز بخوبی می داند که متعهد در ظرف زمان باقیمانده قادر به اجرای قرارداد نیست و فسخ

---

۱. امام خمینی(ره)، کتاب البیع، ج ۴، پیشین، ص ۲۶۲ به بعد ـ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۶۳.

۲. امام‌خمینی(ره)، کتاب البیع، ج ۴، پیشین، ص ۲۰۹ ـ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص۱۶۴.

۳. سیدمیرزا حسن موسوی بجنوری، **قواعدالفقهیه**، ج ۳، پیشین، ص ۲۲۴ ـ میرفتاح، پیشین، ص ۲۴۹.

قرارداد و انعقاد با شخص دیگر نیز برای متعهدله حیاتی و ضروری است، بسیار حایز اهمیت است. لذا برای نیل به هر دو هدف یعنی هم جبران خسارات ناشی از تأخیر در اجرای تعهد و هم برجاماندن موضوع تعهد که خواسته ضروری متعهدله است در چنین شرطی گنجانده می‌شود. باتوجه به ماده ۲۲۶ قانون مدنی ایران، در صورتی که برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده باشد ولی تامدت مزبور منقضی نشود متعهدله حق مطالبه خسارت ناشی از عدم ایفای تعهدات را ندارد. از سوی دیگر نظر به اینکه ممکن است در پاره‌ای موارد اجرای عین تعهد به حدی مهم و حیاتی باشد که پرداخت هر میزان خسارت، جبران خسارت واقعی وارد بر متعهدله را نکند، لذا در چنین حالتی اگر تنها شرط خیار برای متعهد له در نظر گرفته شده باشد و باتوجه به اینکه مهلت مقرر منقضی نشده، چه بسا متعهدله اجباراً اقدام به فسخ قرارداد نماید تا با شخص دیگری قرارداد بسته و به هر حال خواسته خود را از طریق دیگری محقق سازد و به محض فسخ قرارداد قبل از انقضای مدت مقرر طبق ظاهر ماده ۲۲۶ حق مطالبه خسارات ناشی از تساهل و اهمال متعهد نخست را از دست خواهد داد. اما برای اینکه متعهدله بتواند هم به اجرای موضوع قرارداد ولو با شخص ثالث دست یابد و هم خسارات ناشی از عدم ایفای تعهدات را از متعهد مطالبه کند، شرط خیار توأم با جبران خسارت بسیار مفید و مناسب به‌نظر می‌رسد. به همین دلیل باتوجه به ماده ۲۲۶ مذکور شرط خیار توأم با پرداخت خسارت در حقوق ایران از ضمانت اجراهای بسیار مؤثر و کارآمد خواهدبود. البته موضوع پرداخت خسارت، میزان آن، مقام تشخیص‌دهنده و سایر شرایط آن در درجه نخست تابع مقررات مندرج در قرارداد و منوط به حاکمیت اراده طرفین است و درصورت عدم تحمیل اراده، تابع قواعد عمومی پرداخت خسارت خواهد بود که در جای خود موردبحث قرار خواهد گرفت.

بندچهارم ـ شرط خسارت یا تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

بی‌تردید یکی از ضمانتهای اجرا یا نیروی تضمین کننده قراردادها می‌تواند شرط خسارت یا تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد باشد. در بادی امر ممکن است این تصور به ذهن خطور کند که «چون لزوم جبران خسارت و ضرر و زیان ناشی از نقض

عهد، به حکم عرف، چنان از قطعیتی برخوردار است که به سختی می توان مدیون یا مسئول خسارت را از جبران آن معاف دانست» لذا نیازی به تعیین قراردادی خسارت نیست. اما مزایا و محاسن ارزنده آن که بویژه در هنگام رسیدگی به دعوای تخلف از اجرای تعهد و میزان پرداخت خسارت و تعهدات فیمابین براین شرط یا قرارداد مترتب می‌باشد، بر کسی پوشیده نیست (در آینده به آثار و تبعات و نیز محاسن و مزایای آن خواهیم پرداخت). از سوی دیگر همان گونه که در صدر این بند گفته شد، این شرط نیز همانند وجه‌التزام یکی از ضمانتهای اجرای تعهدات تلقی شده و بدیهی است که درج چنین شرط یا قراردادی همراه با قراردادهای اصلی، ضمن اینکه پیشاپیش تکلیف بسیاری از حقوق و تکالیف طرفین را تعیین می کند هشداری است برای طرفین یا فردی که در سر خیال تخلف یا نقض عهد می‌پروراند. بدین ترتیب باتوجه به نقش و اثر مهم این شرط که به صورت یکی از ضمانتهای اجرا قابل طرح و بررسی است لازم است علاوه بر اینکه به عنوان یك شرط ضمن عقد و یك تعهد تبعی مورد توجه قرار گیرد از منظر یك ضمانت‌اجرا هم بدان پرداخته شود. این ضمانت اجرا خصوصاً با توجه به مشکلاتی که مسئله اجبار به اجرای عین تعهد در نظام حقوقی کامن‌لا دارد و از سوی دیگر با توجه به آنچه در مباحث آتی در خصوص اهمیت حاکمیت اراده بویژه در تعیین حدود تکالیف متعاملین آورده‌ایم می تواند از اهمیت بسزایی برخوردار باشد.

در هر حال این شرط هم می تواند به شکل خاصی که با ویژگی‌های شرط وجه التزام تفاوت اساسی داشته باشد و از آثار آن خصوصاً مبتنی بر نظام حقوقی کامن‌لا فاصله بگیرد، به عنوان یك ضمانت اجرا برای جلوگیری از نقض عهد و تخلف از اجرای تعهد مطرح شود. همچنین می تواند با صرف‌نظر از برخی شرایط آن همانند یك شرط وجه التزام ایفای نقش کند. به هر ترتیب آنچه مسلم است اینکه شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد اوصاف و خصیصه‌های عمومی یك ضمانت اجرا را دارا بوده و چون اساس این کتاب حول محور همین شرط می‌باشد لذا پردازش و تشریح هر یك از اوصاف و خصوصیات آن در نظامهای مختلف حقوقی مورد نظر را در بخشهای آتی به تفصیل مورد بحث و مطالعه قرار می‌دهیم.

فصل دوم

ماهیت حقوقی، حدود اعتبار و شرایط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

طرح بحث

در این فصل طی سه گفتار مستقل ابتدا به تحلیل ماهیت حقوقی مسئله تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد می‌پردازیم. برای روشن شدن بیشتر مسئله مقایسه‌ای بین این موضوع و سایر موارد مشابه خواهیم داشت. آنگاه حدود اعتبار شرعی و قانونی چنین شرط یا قراردادی را بررسی خواهیم کرد. سرانجام شرایط صحت و مسائل مربوط به آن را تحلیل و بررسی می کنیم.

مبحث اول ـ ماهیت حقوقی تعیین قراردادی خسارت و موارد مشابه آن

گفتار اول ـ کلیات

مقدمتاً باید متذکر شویم که شناخت صحیح ماهیت حقوقی هر شرط یا تعهدی در

تحقیق و مطالعه علمی به قدری اهمیت دارد که صرف نظر کردن از آن به هیچ روی موجه نیست. چه بسا عدم درك صحیح و خلط بین ماهیات و مفاهیم مشابه خصوصاً در آثار و احکام مترتب بر آن بسیار گمراه کننده و مخرب باشد. اگر ماهیت حقوقی هر مسئله بدرستی شناخته نشود و مهم تر اینکه بین آن مسئله و سایر مسائل مشابه وجوه تشابه و افتراق به طور کامل مورد تحلیل و تمییز قرار نگیرد بدیهی است، صدور هر حکم و تحمیل هر اثر حقوقی فاقد اعتبار و ارزش علمی خواهد بود.

بنابراین لازم است ابتدا ماهیت حقوقی مسئله «تعیین قراردادی خسارت...» را مورد تحلیل و شناسایی قرار دهیم. سپس برای اینکه مفهوم آن از سایر مفاهیم و ماهیات مشابه تمییز داده شود، مقایسه‌ای بین آن و سایر موارد می‌نماییم.

به علاوه ناگزیریم قبل از اینکه ماهیت حقوقی مسئله را مورد بررسی قرار دهیم ابتدا به چگونگی ظهور و طرح مسئله تعیین قراردادی خسارت در روابط تجاری و تعهدات فیمابین اشخاص اشاره‌ای مختصر داشته باشیم.

از دیر باز هنگامی که بشر اصل آزادی انعقاد قرارداد و نیز اصل لزوم قراردادها را درروابط فیمابین خود نهادینه کرد، مهم ترین پرسشی که برای او مطرح گردید این بود که حدود این آزادی و دامنه آن تا کجاست؟ ارزش و اهمیت این اصول بنیادین و گرانبها از یك سو و سوء استفاده یا افراط گری برخی، از سوی دیگر، قانونگذاران را بر آن داشت تا چاره‌ای بیندیشند. در این تکاپوی تاریخی اصل دیگری خلق و حاکم بر روابط حقوقی و اجتماعی آدمیان گشت که بحق می توان آن را یکی از پایه‌های تمدن جوامع بشری معرفی کرد. این اصل که به «اصل لزوم جبران ضرر وارد آمده به دیگری» شهرت یافته است به‌قدری مهم و محترم است که هم اینك در کلیه نظامهای حقوقی جهان به رسمیت شناخته شده و مورد حمایت قرار دارد. بر پایه این اصل هیچ کس حق ندارد به دیگری ضرری وارد آورد و یا موجبات آن را فراهم سازد. طبعاً نتیجه مهم آن نیز این خواهد بود که در صورت ایراد ضرر وزیان ملزم و ناگزیر است آن را جبران نماید.

به رسمیت شناخته شدن این اصل و حمایت دولتها از آن، بی تردید موجب کاهش سوء استفاده از اصل آزادی قراردادها و مانع تجاوز اشخاص از مرزهای حق و عدالت و

نقض تعهدات در برابر دیگران خواهد بود. اما در عین حال حضور این اصل در قوانین و مقررات کشورها کافی و مطلوب نهایی در روابط حقوقی اشخاص نیست. بلکه بشر با تلفیق اصل مزبور و اصل نخستین یعنی اصل آزادی در انعقاد قراردادها ممکن است معجونی خلق کند که بسیار سودمندتر و کارآمدتر بوده و به علاوه در کاهش منازعات و تسهیل امر رسیدگی به تخلفات و نقض تعهدات بیش از پیش مؤثر و کاربردی تر باشد. بدین منظور از سالهای بسیار دور تاکنون دیده شده است که اشخاص با اتکاء بر اصول مذکور در خصوص میزان و چگونگی جبران خسارت و ضرر وارده رأساً اتخاذ تصمیم نموده و سوار بر مرکب تیز پای اراده، خود را از کوهستان کلیات و ابهامها و تصمیمات احیاناً غیرواقعی قانون و قاضی نجات می‌دهند و نیز با استفاده از آن بر تسهیل و سرعت حل منازعات و اختلافات می افزایند.

به عبارتی مختصرتر، به‌طور طبیعی جبران خسارت زیان دیده بر عهده کسی است که خسارت وارده ناشی از فعل یا رفتار اوست. اما این حکم بدیهی و مسلم می‌تواند با دخالت اراده طرفین قراردادها و تعهدات دستخوش تغییر و تحول قرار گیرد. مثلاً اشخاص با انعقاد قراردادی جداگانه و یا توافقی دیگر مسئولیت وارد آورنده ضرر و زیان را منتفی، محدود و یا متوجه شخصی دیگر کنند. این قراردادها عموماً به دو شیوه متمایز منعقد می گردند:

الف: قراردادهایی که پس از ورود ضرر و زیان فیمابین زیان دیده و مسئول جبران خسارت منعقد می‌شوند.

ب: قراردادهایی که قبل از ورود خسارت منعقد می‌شوند و طرفین در خصوص میزان خسارت و چگونگی جبران آن در آینده اقدام به اخذ تصمیم می نمایند.

همان گونه که سابقاً نیز گفته‌ایم، قراردادهای دسته نخست همانند قرارداد صلحی که پس از ورود خسارت و وقوع نزاع منعقد می شود و به موجب آن توافق بر فصل خصومت می کنند اغلب نافذ بوده و جز در مواردی که منع قانونی نداشته باشند بلامانع هستند.

اما رفتار قانونگذاران در قراردادهای دسته دوم به گونه‌ای دیگر است و ضمن اختلافات کلی و جزیی در قوانین کشورهای مختلف، اغلب نظامها برای جلوگیری از

سوءاستفاده و بروز هرج و مرج قواعد پیچیده و سخت‌تری را اعمال می کنند. علیهذا، با توجه به اینکه مسئله مورد بحث این کتاب از زمره قراردادهای دسته دوم محسوب می‌شود، لازم است ابتدا اَشکال مختلف این قبیل قراردادها مورد شناسایی قرار گیرند، آنگاه با تحلیل مسئله اصلی و مورد نظر، مباحث و مسائل آن را تعقیب و مورد مطالعه قرار دهیم.

قراردادهای دسته دوم معمولاً به یکی از صور ذیل منعقد می‌شوند:

۱ـ توافق یا قراردادی فیمابین طرفین منعقد می‌شود تا یکی از آن دو در مقابل مبلغ معینی که دریافت می کند مسئولیتی را در خصوص وارد آمدن ضرر یا زیان جسمی یا مالی به طرف دیگر عهده‌دار شود. قراردادهای بیمه، ضمان جریره و غیره از این قبیل قراردادها هستند که عمدتاً جنبه تضمینی داشته و اشخاص برای جبران خسارت ناشی از حوادث یا بلایای طبیعی از آن استفاده می کنند. در درستی و صحت و فواید آن بویژه در جهان معاصر تردید روا نیست.

۲ـ توافق یا قراردادی که به صورت شرط ضمن عقد و به منظور تغییر برخی از آثار عقد، منعقد می‌شود و چنانچه برخلاف مقتضای عقد یا خلاف مقررات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد عموماً صحیح و نافذ تلقی می‌شوند. مثل توافق بر عدم لزوم تحویل فوری مبیع (تحویل مؤجل مبیع).

۳ـ قرارداد یا شرطی که به منظور کاهش یا افزایش مسئولیت طرفین یا یکی از آنها منعقد می‌شود، مسئولیتی که در نتیجه عمل یا رفتار آنهادر ضمن اجرای تعهدات فیمابین پدید خواهد آمد.

این قبیل قراردادها یا شروط نیز به نوبه خود می توانند با سه هدف متمایز و مختلف منعقد شوند.

الف: قرارداد یا شرطی که طرفین به منظور معاف کردن وارد آورنده احتمالی ضرروزیان از مسئولیت ناشی از آن منعقد می کنند، تا بدین طریق خاطر او را از تشویش و نگرانی حاصل از احساس مسئولیت در مقابل طرف دیگر آسوده سازند و با طیب خاطر حاضر به قبول تعهد و اجرای آن بشود. این قبیل قراردادها، که موسوم به «شرط عدم مسئولیت» می‌باشند، در قراردادهایی نظیر قرارداد حمل و نقل، قرارداد درمان بیماران

توسط پزشکان و غیره بوفور مشاهده می‌شود.

ب ـ قرارداد یا شرطی که به منظور تضمین اجرای تعهدات اصلی دیگری منعقد می‌شوند و منظور طرفین از انعقاد آن جلوگیری از تخلف متعهد در اجرای تعهد است. این قبیل قراردادها که معمولاً جنبه جزایی یا تنبیهی دارند نقش ضمانت اجرای تعهدات را ایفاء می‌کنند و انعقاد آنها سبب می‌شوند که اشخاص از اجرای تعهدات سرپیچی نکنند. شناخته‌شده‌ترین شکل این قراردادها در حقوق ایران «شرط وجه التزام» است که از «شرط جزایی یا شرط کیفری»[1] در حقوق اروپا اقتباس شده است. هر چند اینك ماهیتی متفاوت یافته است.

ج ـ قرارداد یا شرط نوع سومی می‌تواند منعقد شود که اگر چه واجد نقش تضمین کننده اجرای قرارداد و تعهد باشد اما دارای جنبه تنبیهی یا کیفری همانند آنچه در وجه التزام ممکن است لحاظ شود، نباشد. بلکه صرفاً به منظور تعیین پیشاپیش خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهد می‌باشد که قبل از آن منعقد شده است. به تعبیر دیگر در قرارداد توأم با شرط وجه التزام صرف وقوع تخلف مستلزم اجرای تعهد مندرج در شرط وجه التزام خواهد بود. صرف نظر از اینکه تخلف موجب ایراد ضرر و زیان شده باشد یا خیر. اما در قراردادهای دسته سوم، طرفین پیشاپیش بر میزان و چگونگی جبران خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد از قبل منعقد شده، توافق می‌کنند. یعنی طرفین قرارداد پس از انعقاد آن توافق می‌کنند که در صورت تخلف هر یك از طرفین، ممکن است فلان مقدار و یا نوع خاصی از خسارت برای طرف دیگر حاصل آید، لذا قبل از وقوع تخلف و ورود خسارت با محاسبه آن، میزان و چگونگی جبران آن را تعیین می‌کنند. مثلاً خریدار کمباین می‌داند که چنانچه فروشنده، کمباین خریداری شده را در اول تیرماه سال آینده تحویل ندهد گندمهای او درو نشده باقی خواهند ماند و مثلاً به ازای تلف شدن یکصد تن گندم مبلغ یکصد میلیون ریال ضرر خواهد کرد. بنابراین می‌توانند ضمن عقد خرید کمباین شرط کنند که فروشنده در صورت عدم تحویل به موقع مبلغ یکصد میلیون ریال بابت خسارت ناشی از

---

1. Penal Clause.

تخلف، پرداخت نماید. حال چنانچه خریدار در سال آینده اساساً گندمی کشت نکند و عدم تحویل به موقع کمباین نیز مستلزم ورود خسارتی برای خریدار نباشد لذا پرداخت یکصد میلیون ریال نیز طبق شرط مزبور با صورتی که آن مبلغ طبق شرط به گونه وجه التزام در نظر گرفته شده باشد متفاوت خواهد بود.

بنابراین، دسته‌ای از قراردادها یا شروط منعقد می‌شوند که صرفاً جنبه تعیین خسارت دارند. این دسته از شروط یا قراردادها مورد بحث این کتاب است که بدواً ماهیت حقوقی و سپس سایر مسائل مربوط به آن را دنبال می کنیم.

گفتار دوم ـ ماهیت حقوقی تعیین قراردادی خسارت

تا آنجا که نگارنده تتبع و جستجو نموده است عنوان اصلی این کتاب در آثار و تألیفات مؤلفان و نویسندگان پیشین یافت نشد. اما از آنچه در خصوص پاره‌ای مفاهیم و ماهیات حقوقی مشابه گفته شده است وجوه تشابه زیادی بین آنها و عنوان مورد بحث مشاهده می‌شود که بی تردید طرح آنها در آثار موجود بویژه در تألیفات حقوقی نویسندگان غربی در شناسایی و تحلیل ماهیت حقوقی مسئله مورد نظر کمك خواهد کرد. به عنوان مثال آنچه درباره وجه التزام، خسارت مقطوع، شرط جزایی و غیره در سایر نظامهای حقوقی مورد بحث و شناسایی قرار گرفته است می تواند در تبیین ماهیت حقوقی موضوع «تعیین قراردادی خسارت» مفید و مؤثر باشد.

به هر حال، آنچه مسلم است، به منظور جلوگیری از هر گونه اختلاف در میزان خسارت وارده در اثر تخلف از اجرای تعهد و همچنین تسریع در جریان رسیدگی به مسئله جبران خسارت در اغلب تعهدات و قراردادها، معمول چنین است که شرطی همراه با قرارداد اصلی مورد توافق قرار می گیرد. این شرط ممکن است به نفع یکی از طرفین یا به نفع هر دوی آنها باشد. همچنین ممکن است برای تأمین منافع هر یك از طرفین دو شرط جداگانه و مستقل از یکدیگر گنجانده شود. ولی در هر صورت فرض چنین است که ابتدا قراردادی منعقد می‌شود. سپس به منظور جلوگیری از تخلف در اجرای تعهدات ناشی از

آن قرارداد، توافق دیگری به عمل می‌آید که معمولاً به صورت یك شرط همراه با آن قرارداد ظاهر می‌شود. شرط مزبور نیز خود متضمن تعهدی است که تخلف از آن نیز تابع قواعد عام لزوم اجرای تعهدات و جبران خسارت ناشی از آن خواهد بود.

علیهذا با توجه به آنچه گفته شد برای تحلیل ماهیت حقوقی تعیین قراردادی خسارت ناگزیریم به تحلیل و شناسایی ماهیت حقوقی شرطی بپردازیم که طی آن شرط، خسارت ناشی از تخلف در اجرای یك تعهد اصلی تعیین می‌گردد. بدین ترتیب ماهیت تعیین قراردادی خسارت، ماهیت شرطی است که ضمن یك قرارداد یا تعهد اصلی گنجانده می‌شود.

اینك مقدمتاً برای بررسی ماهیت حقوقی مسئله مورد بحث لازم است تنها اشاره شود که منظور از ماهیت در معنای عام، همان حد و چیستی هر شیء است که در فلسفه به حد اشیاء حقیقی اطلاق کرده‌اند. اما ماهیت پدیده‌های حقوقی که از امور اعتباری محسوب می‌شوند در واقع همان حدودی هستند که در قانون و مقررات، برای هر مفهومی یا رابطه‌ای خاص از روابط حقوقی انسانها، در نظر گرفته و تعریف می‌شود. به تعبیر دیگر آنچه جوهر و ذات هر پدیده حقوقی را تشکیل می‌دهد و از سایر ذوات متمایز می‌گرداند، ماهیت آن پدیده گویند. مثلاً ماهیت حقوقی بیع همان چیزی است که در قوانین برای آن وضع کرده‌اند. ماهیات حقوقی به دلیل جعلی و قراردادی بودن آنها از جمله امور اعتباری بوده و در خارج نیز ما به ازای عینی و بیرونی ندارند. ماهیت حقوقی تعیین خسارت در جایی که به‌صورت یك شرط مطرح می‌گردد، ماهیت شرطی را دارد که در ضمن عقد یا قراردادی گنجانده می‌شود. لذا برای تبیین ماهیت حقوقی مسئله باید آن را از منظر ماهیت حقوقی شرط ضمن عقد ملاحظه کنیم.

شرط یا شروط در اصطلاح حقوق، اصول و فلسفه دارای معانی چندی است که در جای خود مورد بحث فراوان قرار گرفته‌اند.[۱] اما آنچه در اینجا مورد نظر است معنای اخص

---

۱. ر.ك. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، پیشین، صص ۳۳ و ۳۴ ـ شیخ انصاری، پیشین، ص ۲۷۵ ـ محقق قمی، رساله شرط ضمن عقد، خطی. ص ۱ (به نقل از کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، پیشین، ص ۱۲۱، پاورقی) ـ سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۶۸.

آن است که معادل تعهد فرعی یا تبعی می‌باشد. یعنی ممکن است همراه با تعهدات اصلی، توافقات صریح یا ضمنی متعاملین به نفع هر دو طرف یا یکی از آن دو و یا به نفع شخص ثالثی به عمل آید که در واقع نوعی التزام شرطی محسوب می‌شود.[۱] شرط به این معنا و به حسب متفاهم عرفی عبارت از الزام و التزام است[۲] که همواره ملازم با عقد بوده و طرفین بنا به ملاحظاتی آن را تابع عقد دیگری ساخته‌اند. در نتیجه رابطه‌ای که بین متعاملین ایجاد شده است ترکیبی است از دو قرارداد به این گونه که یکی از آن دو جنبه اصلی دارد و دیگری جنبه فرعی و تبعی[۳] این التزام تبعی که ضمیمه تعهد اصلی قرار می گیرد گاه حدود و شرایط تعهد اصلی را کامل می کند و گاه ممکن است بر میزان پای بندی و تعهد متعاملین یا یکی از آنها بیفزاید و به نوعی نقش ضمانت اجرای تعهد اصلی را نیز ایفاء کند. چنین شروطی ممکن است قبل از وقوع عقد مورد تبانی و توافق مقدماتی قرار گیرند و یا پس از انعقاد عقد بدان ملحق شوند و یا به رسم معمول در هنگام انعقاد عقد مورد توافق واقع شوند. آنچه در اینجا قابل ذکر است اینکه، چنانچه این قبیل شروط با طبیعت تعهد اصلی یا تراضی دوطرف آن چنان پیوند و علاقه‌ای داشته باشند که همانند دو امر اصلی و فرعی ملازم یکدیگر باشند بدان شرط ضمن عقد گویند، خواه شرط مزبور قبل از وقوع عقد مورد توافق طرفین قرار گرفته و عقد بر مبنای آن واقع شده باشد، خواه در هنگام وقوع عقد مطرح شود و یا پس از عقد بدان ضمیمه و ملحق شود. آنچه اهمیت دارد، وجود علاقه و پیوندی است که باید بین این دو تعهد اصلی و تبعی وجود داشته باشد نه زمان وقوع آنها.[۴]

تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد، همان گونه که از عبارتش استنباط

---

۱. در فقه به نوعی تقسیم در خصوص تعهدات قائل شده‌اند که بر اساس آن تعهدات را به تعهد عقدی، تعهد شرطی و تعهد ایقاعی تقسیم کرده‌اند. تعهد شرطی یا التزام شرطی، تعهدی است که در ضمن عقدی ایجاد می‌شود. مثل ضمان یا رهن شرطی موضوع ماده ۲۴۱ ق. م. ایران ـ برای مطالعه بیشتر ر. ك. **منیةالطالب**، ج ۱، پیشین، ص ۵۳.

۲. سید محمد موسوی بجنوردی، **قواعد فقهیه**، چاپ دوم، تهران، نشر میلاد، سال ۱۳۷۲، ص ۱۲۲.

۳. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ش ۵۴۶.

۴. در **قواعد فقه** سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، پیشین(ج ۳، ص ۲۲۴) می‌خوانیم: «فاشرط بالمعنی المصدری عبارة عن جعل شئی مرتبطا بامر آخر...و به معنی الاسم المصدری عبارة: عن الشی المرتبط بغیره. هذا هو المتفاهم العرفی» ـ در عناوین میر فتاح، پیشین، ص ۲۴۹ نیز آمده است: «ان الشرط فی العقد انما هو بمعنی الربط و احداث العلاقة بین العقد و الشرط و هو معنی اللغوی للشرط».

می شود ماهیتاً نوعی شرط ضمن عقد است که متعاملین با اقدام به عقد قرارداد و ایجاد تعهدی که هدف و غرض اصلی آنها را در بر دارد بنا به ملاحظاتی که سابقاً گفته‌ایم، شرطی را نیز برای فرض تخلف از اجرای تعهد مزبور در نظر می گیرند که این شرط بی تردید هیچ هویت مستقلی ندارد و مادام که تعهد اصلی منعقد نمی شد، شرط مزبور و توافق بر آن بی معنا و لغو می بود.

بنابراین ماهیت حقوقی «تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد» یك تعهد تبعی است که به صورت شرط ضمن عقد مورد توافق طرفین قرار می گیرد. لذا از این پس با توجه به چنین ماهیتی که برای تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد قائل شده‌ایم، آن را همانند شرط ضمن عقد و به منزله تعهد تبعی مورد مطالعه و تحقیق قرار می‌دهیم. شایان ذکر است که، شروط طبق تقسیم‌بندی مندرج در ماده ۲۳۴ ق. م. به سه نوع شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه نیز تقسیم می‌شوند. بنابراین برای تکمیل مباحث این گفتار لازم است در مبحث بعدی علاوه بر تحلیل و بررسی دقیق مفاد شرط تعیین قراردادی خسارت نوع آن را نیز معین کنیم.

گفتار سوم ـ تحلیل مفاد شرط تعیین قراردادی خسارت و تبیین نوع آن

یکی از مباحث مهم این کتاب بررسی و تحلیل مفاد شرط تعیین قراردادی خسارت است تا در صورت روشن شدن دقیق آن، چگونگی و اشکال مختلف تعارض آن با ادله عام جبران خسارت آشکار شود. همچنین از رهگذر آن می توان حدود اعتبار این شرط را با توجه به ادله عام جبران خسارت و قواعد ویژه پرداخت خسارت خصوصاً در تعهدات پولی مورد تحلیل و شناسایی قرار داد. بنابراین لازم است ابتدا مفاد دقیق شرط تعیین قراردادی خسارت و نوع آن را بررسی کنیم آنگاه احکام، آثار و خصوصاً نسبت بین این شرط و ادله عام لزوم جبران خسارت را در فصل آینده مورد مقایسه و مطالعه قرار دهیم. ان‌شاءالله.

بند اول ـ تحلیل مفاد شرط تعیین قراردادی خسارت

پیش از این گفته شد که شرط ضمن عقد ممکن است به یکی از سه صورت شرط

صفت، شرط فعل و یا شرط نتیجه همراه یا ضمن عقد اصلی گنجانده شود. اینك قبل از تعیین و تبیین نوع شرط و تحلیل اینکه شرط تعیین قراردادی خسارت جزء کدام یك از شروط مذکور است، ابتدا مفاد و مراد شرط تعیین قراردادی خسارت را بررسی می کنیم، آنگاه به تعیین نوع آن می‌پردازیم.

برای آشنایی بیشتر ذهن خوانندگان گرامی ذکر چند مثال ذیل را لازم می‌دانیم:

مثال اول: شخصی از تولید کننده لاستیك هواپیما، تعداد یکهزار حلقه لاستیك خریداری می کند که به عنوان خرده فروش آنها را در کشور دیگری به فروش برساند. هنگام انعقاد قرارداد قیمت هر حلقه از این نوع لاستیك یك هزار دلار در بازار جهانی است. از طرفی چون فروشنده احتمال می‌دهد، چنانچه خریدار کالای اورا به قیمتی کمتر از نرخ مزبور عرضه کند، ارزش جهانی تولیدات او سقوط کرده و در نتیجه خسارت سنگینی متوجه شرکت او خواهد شد، لذا برای جلوگیری از ورود ضرر و یا تسهیل در جبران ضرر وارده در اثر تخلف خریدار، اقدام به توافق دیگری می کنند که به صورت شرط ضمن عقد مطرح می گردد. فروشنده با محاسبه و تحلیل اوضاع بازار و وضعیت رقبای تجاری خود چنین می‌پندارد که هرگاه خریدار حداکثر ده درصد از قیمت تعیین شده پایین تر بفروشد تأثیر این عمل، حدوداً سبب کاهش پنج الی هشت درصد در قیمت جهانی کالای او خواهد بود. در نتیجه تقریباً معادل یك میلیون دلار خسارت متوجه شرکت او خواهد شد، لذا طرفین توافق می کنند هرگاه خریدار، لاستیك‌ها را کمتر از نرخ تعیین شده بفروشد موظف است این میزان خسارت (یك میلیون دلار) را جبران کند.

مثال دوم: فروشنده قطعه زمینی، احتمال می‌دهد که خریدار پس از معامله، کارخانه باطری‌سازی خود را به آن زمین منتقل کند، که در نتیجه نشت فاضلاب کارخانه سبب آلوده شدن ده حلقه چاه آب زمین همجوار متعلق به فروشنده به ارزش یکصد میلیون ریال خواهد شد. لذا طرفین توافق می کنند که خریدار حق انتقال کارخانه به زمین موردمعامله را نداشته باشد و الاّ باید به میزان خسارت وارده که هنگام عقد برآورد و پیش بینی شده است به فروشنده بپردازد. همچنین ممکن است این طور توافق کنند که در صورت تخلف به ازای خسارت وارده بر هر حلقه چاه، در اثر آلوده شدن، مبلغ ده میلیون ریال بابت خسارت داده

شود. در نتیجه ممکن است یك حلقه چاه آسیب ببیند یا هر ده حلقه چاه چنین شود.

مثال سوم: کشاورزی با مدیر کارخانه تولید کننده قطعات یدکی کمباین قراردادی منعقد می کند مبنی بر تولید ده قطعه مورد نیاز کشاورز و تحویل آن در پایان خرداد ماه سال آینده به مبلغ X ریال. همچنین توافق می کنند (به صورت شرط ضمن عقد) که چنانچه تولید کننده قطعات، در موعد معین قطعات مورد نظر را تحویل ندهد، چون کشاورز مجبور خواهد شد کمباین دیگری را اجاره کند و یا به دلیل فقدان دستگاه درو کننده محصول او بر زمین خواهد ماند، لذا در نتیجه تخلف او یا پانصد هزار ریال و یا مبلغ ده میلیون ریال خسارت متوجه کشاورز خواهد شد که در هر صورت تولید کننده قطعات (فروشنده) موظف به جبران خسارت وارده می گردد.

در این توافق (شرط ضمن عقد) فروشنده متعهد به جبران یکی از دو خسارت پیش‌بینی شده می‌شود که پیشاپیش معلوم شده است.

مثال چهارم: نیروگاه برقی که با سوخت مازوت کار می کند با پالایشگاهی از کشور دیگر قرارداد می‌بندد که از نخستین روز سال آینده برای مدت یك سال سوخت مصرفی آن را تأمین کند. طرفین پیش بینی می کنند که در صورت نرسیدن به موقع سوخت روزانه ده‌میلیون ریال از عایدات نیروگاه کاسته خواهد شد. مضافاً اینکه در صورت افزایش ۲۰ درصدی بهای سوخت در کشور خریدار، او مجبور است برای سوخت مورد نیاز در هر روز به دلیل افزایش بهای آن سیصد هزار ریال نیز اضافه‌تر بپردازد. لذا توافق می کنند چنانچه پالایشگاه به تعهدش عمل نکند و نیروگاه نیز نتواند براحتی سوخت مورد نیاز را تهیه کند به ازای هر روز تأخیر یا تعویق در تهیه سوخت، پالایشگاه باید جبران کاهش عایدات نیروگاه و افزایش بهای آن تا مقدار پیش بینی شده را بنماید.

با شروع زمان اجرای تعهد، پالایشگاه از تحویل سوخت خودداری می کند و خریدار در نخستین ماه از سال نیروگاه را متوقف و سرانجام مجبور می‌شود برای‌یازده ماه دیگر باقیمانده سوخت را با نرخ جدید در کشور خود تهیه کند.

از مجموع مثالهایی که بیان شد و از آنجایی که هدف اصلی این کتاب نیز بررسی‌این قبیل تعهدات است، چنین استنباط می شود که در واقع طرفین این گونه شرط می کنند:

«هر گاه دو طرف یا یکی از آنها مرتکب تخلف و یا نقض خاصی در انجام تعهدات خویش گردد فرض چنین است که فلان مقدار خسارت وارد خواهد گردید، در نتیجه برای جبران آن چنان باید کرد.»

به تعبیر دیگر در شرط ضمن عقد مورد بحث دو مسئله مفروض است: ۱ـ اگر نقض عهد یا تخلف خاصی که طرفین از آن برحذر شده‌اند تحقق یابد، به محض وقوع تخلف خسارتی که در هنگام عقد پیش بینی شده و طرفین نیز ورود آن میزان خسارت را در اثر تخلف یا نقض عهد منطقی و ممکن الحصول می‌دانسته‌اند وارد خواهد شد (مگر اینکه خلاف آن ثابت شود). ۲ـ چون فرض چنین است که به محض وقوع تخلف نتیجتاً منجر به خسارتی خواهد شد که در هنگام عقد معلوم است لذا منطقی است که معادل و میزان خسارت نیز در همان موقع برآورد شده و یا ضابطه‌ای برای تعیین مقدار آن در نظر گرفته شود که به موجب آن شخص متخلف پس از وقوع تخلف و اثبات آن از سوی متعهدله مفاد شرط و تعهد ناشی از آن را تقبل کند و خسارت وارده را جبران نماید.

بند دوم- تبیین نوع شرط تعیین قراردادی خسارت

اینک که تا حدودی مفاد شرط مورد بحث روشن شده است لازم به نظر می‌رسد برای تعیین نوع آن شرط به طور مختصر اشاره‌ای به سه نوع شرط معروف و شناخته شده در ماده ۲۳۴ ق. م داشته باشیم. در ماده مذکور آمده است که شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. اصطلاح شرط صفت معمولاً برای بیان اوصاف و خصوصیاتی در خصوص مورد معامله به کار می‌رود که اصولاً در ترغیب و انگیزش دو طرف در انعقاد قرارداد اثر مهمی دارد. اگرچه در معاملاتی که موضوع آن عین معین است، معمولاً نیازی به بیان شرط صفت نیست و با رؤیت و بررسی مستقیم مورد معامله، عقد تمام می‌شود ولی ممکن است در پاره‌ای موارد آگاهی و اطلاع از دارا بودن صفت خاصی مستلزم گذشت زمان یا نوعی تصرف و استعمال ویژه‌ای از مورد معامله باشد که در این صورت هرچند مورد معامله عین معین است، اما شرط صفت لغو و بیهوده نیست.

در قراردادهایی که مورد معامله عین کلی است طبیعتاً شرط صفت ارزش بیشتری

دارد خصوصاً در کالاها و اشیایی که از پیچیدگی زیاد صنعتی و فنی برخوردار بوده و هنگام عقد قرارداد نیز اطلاع و آگاهی از تمام آنچه مطلوب و مورد نظر خریدار می‌باشد ممکن نیست. به علاوه حکمی که قانونگذار در خصوص تخلف از شرط صفت گفته است نیز چنین است: هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت (ماده ۲۳۵ ق. م). از آنچه در این مقررات آمده است بخوبی روشن می‌شود که شرط مورد بحث از جمله شرط صفت تلقی نمی‌شود.

از سوی دیگر شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد با آنچه در توصیف و ویژگی‌های شرط نتیجه گفته می‌شود تطبیق نمی‌کند. ممکن است در بدو امر چنین تصور شود که شرط تعیین قراردادی خسارت مورد بحث همانند شرط نتیجه، تحقق امری در خارج است که طرفین با قبول تعهد ناشی از شرط، نتیجه‌ای را در توافق مزبور پذیرفته‌اند. به بیان دیگر قبول تعهد به پرداخت خسارت پس از وقوع تخلف به منزله تحقق امر اشتغال ذمّه به چیزی است که در شرط آورده شده است. یعنی به نفس اشتراط، نتیجه که قبول تعهد به پرداخت خسارت به میزان تعیین شده است حاصل می‌شود.

اما با دقت در مثالهایی که گفته شد و با تحلیل آنچه طرفین در شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد اراده می‌کنند، باید گفت شرط مورد بحث با شرط نتیجه تطبیق نمی‌کند. در شرط نتیجه اشتراط تحقق اثر یك عمل حقوقی در ضمن عقد اراده می‌شود. مثل شرط خیار، شرط وکالت و غیره که در اصطلاح فقهاء به آن شرط غایت هم گفته می‌شود. خواه شرط غایت راجع باشد به اشتراط ایجاد سبب[۱]، خواه نفس غایت شرط شود.[۲]

تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد اگر چه در نگاه اول نوعی قبول تعهد پرداخت مبلغ معینی است که پس از تخلف بر عهده متعهد متخلف قرار می گیرد، اما فی الواقع چنین است که مشروط علیه در ضمن عقد، اولاً متعهد می‌شود که از تحقق آنچه منجر به

---

۱. اشتراط ایجاد سبب مثل اینکه کسی بگوید: ...به شرط اینکه فلان چیز را به من هبه کنی یا بفروشی یا حق خود را ساقط کنی و یا مباحی را حیازت کنی.

۲. عبدالله مامقانی، پیشین، ص ۲۳۳.

نقض عهد می‌شود خودداری یا جلوگیری کند، ثانیاً انجام یك فعل مادی که همانا پرداخت مبلغی (پیشاپیش تعیین شده) به عنوان جبران خسارت است را متعهد می‌گردد. به تعبیر شیخ مرتضی انصاری(ره) مفاد شرط فعل ـ مثبت یا منفی ـ بدواً یك تکلیف است. خواه تکلیف ترك فعل مادی باشد مثل عدم احداث کارخانه یا حمام در زمین خریداری شده و خواه انجام فعل مادی باشد مثل فروش تولیدات کارخانه به مشتریان خاص در عقود و قراردادهای مشتمل بر توافق تبعی تعیین قراردادی خسارت، طرفین ابتدا یك فعل یا ترك فعلی را شرط می‌کنند که این بی‌تردید از زمره شرط فعل محسوب می‌شود. سپس شرط دومی را مورد توافق قرار می‌دهند که در صورت نقض قرارداد طرف نقض کننده باید مبلغ معینی را که پیشاپیش تعیین شده است به طرف زیان دیده بپردازد. این نیز که لزوم پرداخت مبلغ معینی بابت خسارت وارده است نوعی شرط فعل بوده و طبعاً شرط فعل مادی هم محسوب می‌شود.

گفتار چهارم ـ ماهیت حقوقی موارد مشابه

شاید در بدو امر چنین به نظر رسد که نیازی به طرح مباحث این بند نباشد. لیکن از آنجا که اساساً عنوان تعیین قراردادی خسارت به‌طور خاص در آثار و تألیفات پیشینیان با خصوصیات مورد نظر این کتاب مطرح نگردیده اما از سوی دیگر موارد مشابهی یافت می‌شود که اولاً با این عنوان قرابت و تشابه فراوان داشته و ثانیاً آن موارد نیز در کتب و آثار پیشینیان مورد بحث و مطالعه قرار گرفته‌اند، لذا لازم است به پاره‌ای از آنها اشاره شود تا شناخت کامل و مطلوبی نسبت به مسئله مورد بحث حاصل گردد.

بند اول ـ شرط وجه التزام

از جمله موارد مشابه با مسئله تعیین قراردادی خسارت، شرط وجه التزام است. این شرط نیز معمولاً به منظور جلوگیری از هر گونه اختلاف در میزان خسارت و تسریع در جبران خسارت در قراردادهای تجاری و غیره گنجانده می‌شود. طبق این شرط، یکی از متعاملین یا هر دو، متعهد می‌شوند هر گاه در انجام تعهدات قراردادی خود

تخلف کنند مبلغ معینی را که در قرارداد تعیین می‌شود به عنوان وجه التزام پرداخت نمایند. شرط وجه التزام همانند شرط تعیین قراردادی خسارت دارای نقش ضمانت اجرای قرارداد بوده و به گونه‌ای تضمین کننده قرارداد اصلی محسوب می‌شود. شباهتهای دیگری نیز این شرط با شرط تعیین قراردادی خسارت دارد که در اینجا ضرورتی به ذکر آنها دیده نمی‌شود. امّا از آنچه درخصوص ماهیت حقوقی این شرط گفته شده، چنین استنباط می‌شود که قرابت و شباهت بسیار زیادی با شرط مورد بحث ما دارد. برای اینکه ماهیت حقوقی این شرط روشن شود مقدمتاً اشاره می کنیم که، هرگاه شرایط انعقاد و نفوذ قراردادی، تابع عقد دیگری باشد آن قرارداد را تبعی و قرارداد متبوع را قرارداد اصلی گویند. البته تبعی بودن یك قرارداد همیشه ناشی از طبیعت حقوقی آن نخواهد بود، بلکه ممکن است عقد مستقلی در اثر توافق و تراضی طرفین، به عقد یا قرارداد تبعی تبدیل شود. مثلاً عقد بیع یا عقد وکالت به صورت شرط در عقد نکاح گنجانده شود که از حیث نفوذ و انحلال تابع آن قرار می گیرد. بی‌تردید وجه التزام که عموماً به صورت شرط ضمن عقد مورد تراضی‌قرار می گیرد از جمله عقود تبعی محسوب می‌شود که نفوذ و انحلال آن همواره تابع عقد اصلی است.[1] از کلمات و عبارت بکار رفته در تبصره ۴ ماده ۳۴ قانون ثبت ایران بخوبی استنباط می‌شود که وجه التزام اولاً شرط ضمن عقد است. ثانیاً از جمله عقود تبعی تلقی شده است. در تبصره مذکور آمده است: «...زیان دیرکرد در صورتی تعلق می گیرد که وجه التزامی بین طرفین در ضمن معامله اصلی، یا ضمن هر نوع قرارداد یا معامله دیگری به طوری که التزام مزبور راجع به معامله اصلی باشد، مقرر نشده و بدهکار در صورت دیرکرد به‌طور مستقیم به تأدیه آن ملزم نگردیده باشد».

از این ماده بخوبی فهمیده می‌شود که شرط وجه التزام عموماً به صورت شرط ضمن عقد ایجاد می‌شود و اصولاً خود نیز یك قرارداد با یك عقد تبعی تلقی‌می گردد.

---

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، پیشین، ش ۵۷ـ محمد جعفر جعفری لنگرودی، دوره حقوق مدنی، عقد کفالت، انتشارات دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۷، ش ۱۰۷ ـ محمد عبده(بروجردی)، کلیات حقوق اسلامی، ص۱۱۱.

در حقوق کشورهای دیگر نیز وضعیت تا حدود زیادی به همین ترتیب است. در حقوق کشورهای رومی-ژرمن نظیر فرانسه و آلمان شرط وجه التزام را نوعی شرط جزایی[۱] دانسته و آن را یك تعهد تبعی قلمداد کرده‌اند.[۲] البته لازم به ذکر است که در آینده فرق بین شرط وجه التزام با شرط جزایی را نیز روشن خواهیم کرد. اما از آنجا که یکی از نزدیکترین مفاهیم و شروط ضمن عقد و مشابه با شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد، شرط وجه التزام می‌باشد، لذا لازم است با تفصیل بیشتری اوصاف و خصیصه‌های شرط وجه التزام را مورد مطالعه قرار دهیم.

الف-تعریف وجه التزام

درقوانین ایران تعریف مدون و مشخصی از وجه التزام دیده نمی‌شود امابا توجه به پاره‌ای مقررات حقوقدانان تعاریفی به قرار زیر ارائه داده‌اند.

یکی از حقوقدانان گفته است[۳]: وجه التزام مبلغی است که متعاقدین درحین عقد[۴] (پیش از وقوع خسارت ناشی ازعدم اجرای قرارداد یا تأخیر اجرای آن)[5]...به موجب توافق معین می کنند.

برخی دیگر گفته‌اند: توافقی است که به موجب آن طرفین میزان خسارتی را که درصورت عدم اجرای قراردادیا ایجاد ضرر باید پرداخته شود از پیش معین می‌سازند.[۶] این نویسنده به دلیل اینکه معتقد است وجه التزام ویژه قراردادهاست و در مسئولیتهای غیرقراردادی چنین شرطی (شرط وجه التزام) و مبلغ تعیین شده را وجه التزام نمی گویند لذا اصطلاح شرط کیفری را با اقتباس از حقوق اروپایی برای آن برگزیده است.[۷] اصطلاح

1. Penal clause.

۲. ماده ۱۲۲۷ از قانون مدنی فرانسه و ماده ۳۴۴ از قانون مدنی آلمان مفید تبعی بودن شرط وجه التزام هستند.

۳. آقای دکتر جعفری لنگرودی در آثار مختلف خود چند تعریف ارائه کرده‌اند که به‌نظر می‌رسد کاملترین آن در کتاب ترمینولوژی حقوق ایشان آمده‌است.

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، رهن و صلح، ج ۱، چاپ اول، تهران، ۱۳۴۹، ص ۸۷.

۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، واژه وجه‌التزام-محمد جعفرجعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، پیشین، ش ۴۰۴.

۶. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمان قهری-مسئولیت مدنی)، پیشین، ش ۲۱۴.

۷. همان.

شرط جزایی یا شرط کیفری از حقوق رم توسط حقوقدانان فرانسوی اقتباس شده و از حقوق فرانسه به حقوق ما رخنه کرده است. این اصطلاح که ترجمه Penale Clause در حقوق فرانسه است تعبیر به شرطی شده که طبق آن شخص جهت تضمین اجرای قرارداد متعهد به پرداخت چیزی می‌شود که در صورت تخلف ملزم به پرداخت آن می‌گردد.[۱] مضافاً اینکه در این نظام حقوقی وجه التزام اختصاص به وجه نقد ندارد بلکه می‌تواند چیزی غیر از وجه نقد نیز باشد.[۲]

در حقوق انگلیس وجه التزام را چنین تعریف کرده‌اند: مبلغی است که طرفین توافق می‌کنند در صورت نقض قرارداد به عنوان خسارت پرداخت شود. ضمناً فرض بر این است که مبلغ مورد توافق بدون توجه به خسارات واقعی محتمله قابل وصول است.[۳] البته ناگفته نماند که چنانچه مبلغ مزبور از زیان واقعی به‌طور قابل ملاحظه‌ای بیشتر باشد دادگاهها بر اساس آن رأی نخواهند داد.[۴]

حقوقدانان آمریکایی نیز همانند حقوقدانان انگلیسی از وجه التزام تعریف مشابهی ارائه کرده‌اند و در تعریف آن چنین آورده‌اند: مبلغی را که طرفین بر آن توافق می‌کنند تا در صورت نقض قرارداد از سوی متخلف پرداخت شود وجه التزام گویند. ضمناً مبلغ تعیین شده باید به گونه‌ای معقول باشد که اصول پرداخت غرامت عادلانه را نقض نکند و الاّ جنبه تنبیهی داشته و قابل اعتنا نیست.[۵]

حقوقدانان عرب نیز واژه «التعویض الاتفاقی»[۶] را برای شرط جزایی برگزیده‌اند.[۷]

---

۱. ماده ۱۲۲۶ ق. م. فرانسه.

۲. مواد ۱۲۲۶ الی ۱۲۳۳ و ۱۱۵۲ از ق. م. فرانسه.

3. Jowitt (E.), Jowitt's Dictionary of English Law, 7th ed.,Great Britain, Pitman press, 1982, P.1105.

4. Treitel, Op.Cit., P.768.

5. William Mack (L.L.D.), C.J.S. (CORPUS JURIS SECUNDUM), Op.Cit., Vol. 25., U.S.A, West Publish co., 1939, P. 1021.

۶. یعنی خسارت مورد توافق.

۷. صبحی محمصانی، محاضرات فی‌القانون المدنی اللبنانی (آثارالالتزام)، لبنان، بیروت، ۱۹۵۳، ص۳۷ ـ حسن علی ذنون، احکام‌الالتزام، ص ۵۰ ـ سنهوری، الوسیط، پیشین، ج ۲، ش ۴۷۷ .

اینان ضمن اینکه به میزان زیادی متأثر از حقوق فرانسه بوده‌اند اما آرای آنها تفاوتهای قابل ملاحظه‌ای با حقوق فرانسه دارد که درجای خود مورد بحث قرار خواهیم داد.

از مجموع آنچه گفته شد چنین به نظر می‌رسد که شرط وجه التزام «توافقی است که طرفین در حین انعقاد عقد یاپس از آن - لیکن قبل از نقض عهد - منعقد می نمایند تادر صورت تخلف از اجرای تعهد (کلاً یا بعضاً) متخلف مبلغ یا مال معینی را به متعهدله بپردازد و یا اقدام به فعل یا ترك فعلی به نفع متعهدله بنماید».

تعریف فوق متضمن نکات ذیل است:

۱- شرط وجه‌التزام اساساً یك شرط تبعی است.

۲- شرط وجه‌التزام هم به صورت شرط ضمن عقد و هم به صورت یك توافق جداگانه می تواند منعقد شود.

۳- شرط وجه‌التزام ممکن است همراه عقد و یاپس از آن منعقد شود اما لزوماً باید قبل از وقوع تخلف یا نقض عهد مقرر شده باشد.

۴- موضوع وجه‌التزام لزوماً وجه نقد (پول) نیست بلکه ممکن است همانند آنچه در حقوق آمریکا آمده است مالی غیراز وجه نقد باشد.[1] همچنین ممکن است فعل یا ترك فعلی به عنوان وجه‌التزام در نظر گرفته شود. کمااینکه از ماده ۱۲۲۶ ق. م. فرانسه و نیز از بخش ۷۴ قانون قراردادهای ۱۸۷۲ هند چنین استنباط می‌شود. به علاوه از ماده ۲۳۰ ق.م. ایران نیز لزوماً چنین استنباط نمی‌شود که موضوع وجه التزام باید صرفاً وجه نقد باشد. بویژه باتوجه به ماده ۷۴۱ ق. م. ایران این نظر تقویت می‌شود.

۵- موضوع وجه‌التزام باید معین باشد یعنی وجه نقد یا هر چیز دیگری که موضوع وجه التزام است باید درحین انعقاد شرط معین گردد.

۶- وجه‌التزام لزوماً ملازم با ورود خسارت نیست. به تعبیر دیگر شرط وجه‌التزام را لزوماً برای موردی که نقض عهد مستلزم ورود خسارت باشد در نظر نمی گیرند، بلکه ممکن است برای صرف تخلف از اجرای تعهد در نظر بگیرند هرچند که نقض عهد سبب

---

1. Corbin, Op. Cit., P.333

ورود خسارت نشده باشد.[۱]

ب ـ خصیصه‌های وجه‌التزام

وجه‌التزام در نظامهای حقوقی مشهور معاصر از خصیصه‌ها و به تعبیری از جنبه‌های مختلفی برخوردار است. اهم این خصیصه‌ها عبارتنداز:

خصیصه اول: وجه‌التزام جانشین خسارت می‌گردد و به تعبیری همان خسارت مقطوع است.

به اعتبار این خصیصه، اولاً مورد بحث فراوان حقوقدانان است ثانیاً محل اختلاف جدی نظامهای حقوقی است.

در حقوق ایران شرط وجه التزام در مبحث خسارات ناشی از عدم اجرای تعهدات مورد بحث حقوقدانان قرار گرفته‌است و بسیاری از حقوقدانان نیز آن را نوعی خسارت دانسته‌اند.[۲] در کشورهای عربی نیز با معادل «التعویض الاتفاقی» به معنای خسارت مورد توافق در قوانین آنها راه یافته‌است.[۳]

اما از تعریفی که در صفحات قبل ارائه کردیم وجه‌التزام لزوماً با ورود خسارت همراه نیست بلکه به موجب شرط وجه‌التزام ممکن است طرفین توافق کنند که به صرف تخلف از اجرای تعهد، متعهد چیزی به متعهدله بدهد. طبق این تعریف ممکن است هیچ ضرری متوجه متعهدله نشده باشد و برعکس، چه بسا در اثر اجرای تعهد ضرری نیز متوجه متعهدله بشود. مثلاً الف متعهد می‌گردد اتومبیل سواری خود را در روز معینی به نحو اجاره و در ازای یك میلیون ریال در اختیار ب قرار دهد. ضمناً توافق می‌کنند در صورت عدم ایفای تعهد نیز مبلغ یکصدهزار ریال به او بپردازد. اما متعهد به دلیل نیاز مبرم به وسیله شخصی خود و یا به هر دلیلی از در اختیار گذاشتن وسیله شخصی خود، خودداری می‌کند. اتفاقاً شخص ب نیز

---

۱. سنهوری، الوسیط، ج ۱، پیشین، ش۴۷۹ تا ۴۸۶ ـ احمد حشمت ابوستیت، نظریة الالتزام فی القانون المدنی المصری، ج ۱، قاهره، شرکت مشاهمه مصری، ۱۹۴۵، ش ۵۹۹ ـ حسن علی ذنون، پیشین، ش ۵۷ و ۵۸.

۲. سیدحسن صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۴۷ ـ جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، واژه وجه‌التزام.

۳. ماده ۲۲۳ ق. م. مصر ـ ماده ۲۲۴ ق. م. سوریه ـ ماده ۱۷۰ ق. م. عراق ـ ماده ۲۶۶ ق. تعهدات لبنان.

در آن روز معین به دلیل لغو مأموریت از رفتن به مسافرت صرف نظر می کند و یا وسیله‌ای به‌طور رایگان در اختیار او قرار می گیرد. در این صورت اگر چه شخص الف از ایفای تعهد خودداری ورزیده و یا تخلف نموده اما شخص ب نیز نه تنها متضرر نشده بلکه چه بسا در اثر ایفای تعهد، به دلیل لزوم پرداخت اجاره بها (کرایه) متحمل ضرر نیز می‌شد. لیکن در هر حال متعهد به دلیل تخلف از اجرای تعهد ملزم به پرداخت وجه التزام (یکصد هزار ریال) می‌باشد.

بنابراین با تحلیلی که از وجه‌التزام ارائه شد، چنانچه هر نظام حقوقی این دیدگاه را درباره وجه‌التزام داشته‌باشد حق ندارد به بهانه کم یا زیادتر بودن خسارت وارده ناشی از تخلف از اجرای تعهد در میزان وجه‌التزام تعیین شده تعدیل یا دخل و تصرفی کند. بلکه قاضی چنین نظام حقوقی موظف است طبق توافق به عمل آمده حکم نماید.

آرای شماره ۲۹۰۷ مورخ ۲۵/۹/۲۱ شعبه ۶ دیوان‌عالی کشور و شماره ۱۴۵۰ مورخ ۲۹/۹/۳ شعبه دیوان‌عالی کشور و شماره ۱۲ مورخ ۶۱/۱۲/۲۴ شعبه ۵ دادگاه حقوقی تهران و صراحت ماده ۲۳۰ ق. م. ایران تردیدی در این خصوص باقی نمی گذارد. براساس ماده ۱۱۵۲ ق. م. فرانسه نیز می توان گفت شرط وجه‌التزام صرف نظر از ورود خسارت در نظر گرفته می‌شود و قاضی حق تغییر میزان آن را ندارد. اما وضع در حقوق آمریکا و انگلیس در خصوص این خصیصه وجه‌التزام به‌گونه‌ای دیگر است. در این دو کشور، وجه‌التزام ممکن‌است دارای جنبه مقطوع نمودن خسارت[1] باشد. یا ممکن‌است دارای جنبه تضمینی‌و یا به تعبیری جنبه تنبیهی[2] باشد که از آن تلقی به جریمه می‌شود. به بیان دیگر در نظام حقوقی کامن‌لا شرط وجه‌التزام ممکن‌است به منظور تعیین مقطوع خسارت آورده شود که در این صورت متعهد ملزم به پرداخت تمام مبلغ تعیین شده‌است، هر چند خسارت واقعی کمتر یا بیشتر از آن میزان تعیین شده باشد و یا اساساً خسارتی وارد نشده باشد.[3] در چنین صورتی عموماً دادگاههای آمریکا و انگلیس شرط وجه‌التزام را

---

1. Liquidated damage.
2. Penalty Clause.
3. Lawson (F.H.), Remedies of English Law, First ed., Great Britain, Penguin, Education Law, 1972, P. 68.

معتبر دانسته و طبق آن رأی می دهند.[1]

از سوی دیگر چنانچه وجه‌التزام جنبه تنبیهی داشته باشد و صرفاً برای تضمین قرارداد مبلغی به عنوان «جریمه» درنظر گرفته شده‌باشد ازنظر محاکم آمریکا و انگلیس چنین توافقی معتبر نیست. ازنظر آنان تعیین جریمه و مجازات براساس اصل قانونی بودن جرم و مجازاتها تنهاازطریق قانون مجازاست و اشخاص حق ندارند رأساً اقدام به تعیین مجازات برای یکدیگر کنند.[2]

«لویس» قاضی انگلیسی دراین خصوص می گوید: هرگاه قصد طرفین از تنظیم شرط، تضمین اجرای قرارداد از طریق تعیین مبلغی به صورت «جریمه» باشد، دراین صورت وجه معین شده جنبه تنبیهی دارد. اما چنانچه قصد طرفین ارزیابی‌و تعیین پیشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد باشد، موضوع شرط، تعیین مقطوع خسارت تلقی خواهد شد.[3] البته ناگفته نماند که برعکس حقوق کامن‌لا، ایالت لوئیزیانا در آمریکا، به دلیل بهره‌مندی از حقوق نوشته و به‌پیروی از حقوق فرانسه وجه‌التزام با جنبه تضمینی را نیز معتبر دانسته‌است.[4] در نظام حقوقی نوشته به دلیل تأکید بر اصل آزادی قراردادها و باتوجه به اینکه قراردادها را قانون طرفین تلقی کرده‌اند وجه‌التزام را دارای هردوجنبه تنبیهی و تعیین خسارت دانسته[5] و متعهد را در هر صورت ملزم به پرداخت آن می‌دانند. به علاوه همان‌گونه که در گذشته نیز گفته شد در نظام حقوقی سوسیالیستی پارا ازاین هم فراتر گذاشته ودرج شرط وجه‌التزام را اجباری دانسته‌اند و حتی طرفین حق معاف کردن یکدیگر را از آن نیز ندارند.[6]

در هر حال سیر تحول موضوع وجه التزام و خصیصه‌های آن با شتابی قابل ملاحظه در نظام حقوقی کامن‌لا در چهارچوب دواصل آزادی قراردادها ازیك سو و رعایت عدالت و

---

1. Treitel, Op. Cit., P. 769. - Cheshire and Fifoot, Op. Cit., P. 602.
2. Treitel, Op. Cit. P. 93.
۳. ربیعا اسکینی، مباحثی از حقوق تجارت بین الملل، چاپ اول، تهران، نشردانش امروز، ۱۳۷۱، ص ۵۹.
4. C. J.S. Op. Cit. P. 1025-6.
5. Barry Nicholas, Op. Cit., P. 22.
۶. رنه دیوید، پیشین، ص ۲۹۷، ش ۲۶۱.

پرداخت غرامت عادلانه از سوی دیگر تا بدانجا پیش رفت که دادگاههای آمریکا اعلام نمودند: درصورت تخلف از اجرای قرارداد، عدالت چیزی جز یك غرامت سنجیده و به میزان ضرر وارده نیست. به همین دلیل دادگاهها تمایلی به اجرای شرط وجه‌التزام که جنبه تنبیهی داشته باشد، نشان ندادند و درواقع محدودیتی بر اصل آزادی قراردادها تحمیل کردند. از سوی دیگر، چون معیار و میزان درستی در اعمال این محدودیتها وجودنداشت این امرسبب شد آرای متعارضی پدیدآیند.[1] سرانجام برای حل تعارضات به عمل آمده این سؤال اساسی مطرح شد که معیار تمیز و تشخیص جنبه تنبیهی از جنبه مقطوع نمودن خسارت در شرط وجه‌التزام چیست؟ اهمیت پاسخ به این سؤال به قدری است که قاضی درصورت تسلط بر آن معیارها حکم به بطلان یا اعتبار شرط وجه‌التزام خواهدداد و نتایج حاصله از این پرسش بسیار مهم و مؤثر در آرای محاکم خواهد بود. درپاسخ باید گفت اگرچه قاعده‌ای کلی و ثابت در تشریح معیارهای اساسی وجود ندارد اما نکاتی که از سوی حقوقدانان ذکر شده است تااندازه‌ای راهگشا هستند:

۱ـ اوضاع و احوال حاکم برقرارداد؛ یعنی دادگاه باید باتوجه به اوضاع و احوال جنبه جریمه بودن یا مقطوع نمودن خسارت را خودمورد بررسی قراردهد.[2] مثلاً هرگاه معلوم شود درزمان انعقاد عقد امکان تعیین مبلغ خسارت واقعی برای طرفین نبوده است، لذا دادگاه علی الاصول آن را واجد جنبه جریمه نخواهد دانست.

۲ـ قصد طرفین، یعنی قاضی باید باتوجه به اظهارات و ابراز قصد و نیت طرفین تشخیص دهد که کدام جنبه از شرط وجه‌التزام مدنظر طرفین بوده است. ضمن اینکه این قصد باید باتوجه به اوضاع و احوال مورد دقت و بررسی قرار گیرد.[3]

۳ـ الفاظ و عبارات بکاررفته درقرارداد و شرط وجه‌التزام نیز می توانند برای قاضی مفید و راهگشاباشند، لذا باید موردتوجه دقیق قرار گیرند.[4]

---

1. Corbin, Op. Cit. P.334.
2. Ogus (A.I.), The Law of Damages, First ed., London, Butterworths, 1973, P.41 - Halsbury (H.S.G.), Op. Cit, P. 420.
3. C.J.S. Op.Cit., P.1038.
4. Treitel, Op. Cit. P.769 - Ogus Op. Cit. P.42.

۴ـ شرط وجه‌التزامی که بابت تأخیر در اجرای قرارداد آورده می‌شود اغلب با انگیزه تعیین خسارت مقطوع می‌باشد. از جمله در قراردادهای ساختمان‌سازی و پیمانکاری این گونه تلقی می‌شود.[1]

۵ـ هر گاه مبلغ تعیین شده به گونه‌ای اغراق آمیز و غیر معقول باشد که از آخرین حد خسارت ممکن و قابل اثبات فراتر رود قاضی باید آن را از نوع جریمه تلقی کند[2] و اما چنانچه حکایت از تخمین خسارت واقعی و قبل از ورود خسارت باشد علی‌الاصول جنبه مقطوع نمودن خسارت را خواهد داشت.[3] البته لازم به ذکر است که تناسب و معقول یا غیر معقول بودن مبلغ وجه‌التزام بر اساس وضعیت زمان انعقاد عقد ملاحظه می‌شود.

۶ـ هر گاه موضوع قرارداد، پرداخت مبلغی وجه نقد بوده و وجه‌التزام از آن مبلغ بیشتر باشد جنبه جریمه یا تنبیهی در آن تلقی می‌شود.[4]

۷ـ هر گاه در قبال تخلفات متفاوت در قراردادهای مختلف منتهی به ورود خسارت، مبلغ ثابتی در نظر گرفته شده باشد، اعم از اینکه خسارت واقعی کمتر یا بیشتر باشد از نظر محاکم چنین استنباط می‌شود که وجه التزام جنبه جریمه و تنبیهی داشته است.[5]

۸ـ هر گاه در قراردادی یك طرف متعهد شده باشد که از پرداختن به تجارت یا حرفه‌ای خاص صرف نظر یا خودداری کند، محاکم آمریکا شرط وجه‌التزام مندرج در آن را واجد جنبه مقطوع نمودن خسارت دانسته و معتبر می‌شمارند.[6]

۹ـ محاکم آمریکا برای شرط وجه‌التزام‌هایی که در قراردادهای دولتی (یعنی قراردادهایی که یك‌طرف آن ایالات متحده باشد) گنجانده می‌شوند جنبه مقطوع نمودن خسارت قائلند و چون معتقدند ملاحظات نظم عمومی چنین اقتضاء می‌کند، لذا آن را معتبر می‌دانند.[7]

1. C. J. S. Op. 1068 - Corbin, Op. Cit. P. 402.
2. Ogus, Op. Cit. P. 46-Corbin, Op. Cit. P. 362.
3. Corbin, Op. Cit. P. 345.
4. Ogus, Op. Cit. P. 45.
5. Ibid. P. 43 - C.J. S, Op. Cit. P. 1063.
6. C.J. S. Op. Cit. P. 1082 - Corbin, Op. Cit. P. 399.
7. C. J. S. Op. Cit. P. 1084.

۱۰-در قراردادهای فروش زمین و اموال غیر منقول که ارزش آنها دستخوش تغییرات فراوان است، به دلیل عدم امکان تعیین خسارت واقعی ناشی از نقض قراردادها، محاکم آمریکا ترجیح می‌دهند شرط وجه‌التزام مندرج در آنها را به عنوان مقطوع نمودن خسارت معتبر بشناسند.[۱]

۱۱-در پاره‌ای تعهدات مثل تعهد به عدم ازدواج با شخص معین یا تعهد به عدم انتقال مال موهوبه به شخص ثالث، تعهدات مندرج در قولنامه‌ها و نیز تعهد ناشی از عقد کفالت، وجه غالب این است که شرط وجه‌التزام در آنها را حمل بر جنبه تضمینی یا تنبیهی بنمائیم.[۲]

خلاصه

۱-در حقوق ایران تفکیکی بین دوجنبه شرط وجه‌التزام دیده نمی‌شود و عموماً پذیرفته و معتبر شناخته می‌شود.

۲-جنبه مقطوع نمودن خسارت در شرط وجه‌التزام مورد شناسایی کلیه نظامهای حقوقی قرار گرفته و معتبر می‌باشد.

۳-جنبه تنبیهی (تضمینی-جریمه) بودن شرط وجه‌التزام با اندك تفاوتی در کشورهای تابع حقوق رومی، ژرمن و سوسیالیستی نیز به رسمیت شناخته شده است اما در حقوق کامن لا اعتباری ندارد.

اغلب آنچه فوقاً به عنوان معیارهای تمییز دو جنبه مزبور از یکدیگر ذکر کردیم در آرای قاضی «لرددانِدین»[۳] که در برخی از دعاوی صادر نموده‌است مشاهده می‌شود.[۴] اینك در خاتمه این فراز بدنیست اشاره‌ای به یکی از دعاوی معروف که قاضی داندین در آن اظهار عقیده و رأی نموده‌است داشته باشیم.

---

1. Corbin, Op. Cit. P. 369.

۲. برای مطالعه بیشتر ر. ك. ناصر کاتوزیان، قواعدعمومی قراردادها، ج ۴، پیشین، ص ۲۴۲، ش ۸۰۸.

3. Lord Dunedin.

4. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd.V. New Garadge and Motor Co. Ltd. [1915] A.C. 79;83. L.J.K.B. 1574: - Bridge V. Compbell Discount Co. Ltd. House of Lords [1962] A.C. 600.

* دعوای دانلوپ (DUNLOP) :[1]

شرکت دانلوپ، طبق قرارداد، تعدادی تایر به شرکت دیگر می‌فروشد. در قرارداد چند شرط در نظر گرفته می‌شود. از جمله اینکه خریدار حق ندارد کالا را کمتر از نرخ تعیین شده توسط شرکت سازنده (فروشنده) به دیگران بفروشد. مضافاً اینکه، طرفین توافق می‌کنند هرگاه خریدار پس از معامله نسبت به هریك از شروط مندرج در قرارداد تخلف کند در ازای هر حلقه تایر فروخته شده ۵ پوند به عنوان وجه‌التزام به فروشنده بپردازد.

خریدار (خوانده) بدون رعایت نرخ تعیین شده از سوی شرکت دانلوپ، تایرها را به قیمتی کمتر از نرخ مزبور می‌فروشد. دادگاه اظهار نظر می‌کند که مبلغ ۵ پوند وجه‌التزام تعیین شده جنبه مقطوع نمودن خسارت داشته و اگرچه پرداخت ۵ پوند به ازای هر تایر درجمع زیاد به نظر می‌رسد اما به دلیل شیوع و گسترش سریع اخبار مربوط به تخفیف قیمت تایر ممکن است خسارت زیادی به شرکت دانلوپ واردسازد و از سوی دیگر تخمین این خسارات نیز مقدور نبوده و نیست. لذا وجه‌التزام تعیین شده معقول به نظر می‌رسد.

خصیصه دوم: خصیصه دیگر وجه‌التزام قابل جمع نبودن آن با اجرای تعهد است.

اساساً فرض چنین است که اگر طرفین قراردادی برای تخلف از اجرای تعهد شرط وجه‌التزامی در نظر گرفته باشند، چنانچه تخلفی صورت گیرد پرداخت وجه‌التزام متعهد را از مسئولیت مبرّی سازد. به بیان دیگر چنین استنباط می‌شود که هرگاه طرفین قرارداد برای جبران خسارات ناشی از نقض عهد شرط وجه‌التزامی را درعقد گنجانده باشند، درصورت اجرای شرط، خسارات پیش‌بینی شده یا واردآمده، جبران می‌شود و حق دیگری بنابر توافق دو اراده طرفین برای متعهدله باقی نخواهد ماند.

اما در پاره‌ای موارد وضع به گونه‌ای دیگر است، یعنی ممکن است متعهدله ضمن استحقاق مطالبه وجه‌التزام حق مطالبه اجرای تعهد را نیز کماکان داشته باشد. به منظور تبیین کامل مسئله لازم است دوصورت مسئله را به تفکیك مورد مطالعه قرار دهیم.

صورت اول ـ وجه‌التزام برای عدم انجام تعهد در نظر گرفته شده باشد.

---

1. Smith and Thomas, Op.Cit. P. 622-625 - Treitel, Op. Cit., P.769.

یعنی طرفین مقرر کرده باشند هرگاه متعهد از انجام تعهد امتناع ورزد ملزم به پرداخت وجه‌التزام موردنظر خواهدبود. در چنین صورتی سه سؤال اصلی و مهم مطرح است:

۱ـ آیا متعهد می‌تواند (یاحق دارد) به اختیار خود تعهداصلی را انجام داده یا وجه‌التزام را بپردازد؟ به بیان دیگر آیا حق انتخاب با متعهداست یانه؟

سؤال فرعی دیگری که به تبع سؤال اول مطرح است اینکه اگر انجام یکی از دو تعهد از ابتدا به‌طور مردد برای متعهد در نظر گرفته شده باشد، آیا اساساً عقد صحیح است یاخیر؟

۲ـ آیا متعهدله حق دارد به جای مطالبه انجام تعهداصلی، به اختیار خود ولو با امکان اجرای تعهد، تنها تقاضای وجه‌التزام کند؟ یا به بیان دیگر درج شرط وجه‌التزام متعهدله را صاحب دو اختیار مستقل و درعرض هم می‌سازد یا خیر، بلکه تنها درصورت امتناع متعهد حق دوم (وجه‌التزام) قابل اعمال و مطالبه می‌گردد؟

۳ـ آیا درصورت مطالبه وجه‌التزام، متعهدله می‌تواند تقاضای اجرای تعهداصلی را نیز داشته‌باشد؟ به دیگر سخن اینکه آیا امکان جمع بین حق مطالبه تعهد اصلی و وجه التزام توأماً برای متعهدله می‌باشد یاخیر؟

در اینجا از پاسخگویی و بررسی جوابهای سؤالات اول و دوم صرف‌نظر می‌کنیم و برای جلوگیری از اطاله کلام و خروج از مباحث اصلی، خوانندگان گرامی را به تألیفات صاحب‌نظران و محققان ارجمند دراین زمینه ارجاع می‌دهیم.[۱] اما به دلیل ارتباط سؤال سوم به بحث ما پاسخ آن را در نظام حقوقی ایران و کامن لا پی می‌گیریم.

درقانون مدنی ایران قاعده صریح و روشنی برای پاسخ به سؤال سوم دیده نمی‌شود. اما از نظر حقوقدانان ایران به عنوان یك قاعده مسلم پذیرفته شده‌است که متعهدله حق مطالبه اجرای تعهد و وجه‌التزام را به‌طور توأمان ندارد.[۲] این نظر ضمن اینکه به موجب قواعد

---

۱. مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ اول، تهران، نشرحقوقدان، ۱۳۷۵، ص ۳۸ به بعد ـ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، پیشین، ص ۲۴۵ ـ محمدجعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۵، چاپ سوم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۵، ص ۱۰۲.

۲. مهدی شهیدی، پیشین، ص ۴۲ ـ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۴ ـ محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، واژه شرط جزایی، ش ۳۰۵۸.

عمومی جبران خسارت از مبنای عقلانی و منطقی محکمی برخوردار است، حکم به خلاف آن به هیچ‌وجه عادلانه و مبتنی بر انصاف نخواهدبود.

از سوی دیگر اگرچه در قانون مدنی ایران حکم مسئله صریحاً آورده نشده است، اما در ماده ۳۹ از آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب سال ۱۳۵۵ آمده است:

«...اگر وجه‌التزام برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد متعهد له «فقط» می‌تواند یکی از آن دو را مطالبه کند».

در حقوق آمریکا و انگلیس نیز اصل بر عدم امکان جمع بین الزام به اجرای اصل تعهد و مطالبه وجه‌التزام است.[1] این وضع در حقوقهای نوشته نظیر فرانسه و آلمان نیز به صراحت مشاهده می‌شود.[2]

صورت دوم ـ وجه التزام برای تأخیر در اجرای تعهد

در چنین وضعیتی فرض طرفین این است که صرف تأخیر در اجرای تعهد موجب حق مطالبه وجه‌التزام برای متعهدله خواهدشد. به بیان دیگر وجه‌التزام در ازای تأخیر پرداخت می‌شود و صرف تأخیر، تخلف و نقض عهد تلقی شده و موجب استقرار تعهد دوم (وجه‌التزام) بر عهده متعهد می گردد. بنابراین در چنین حالتی متعهدله حق دارد ضمن مطالبه وجه‌التزام اجبار متعهد به اجرای تعهد را نیز بخواهد. در حقوق ایران همانند حالت پیشین قاعده خاصی درقانون مدنی آورده نشده است. اما حقوقدانان ایرانی با عنایت به قواعد عمومی جبران خسارت و نیز باتوجه به ماده ۳۹ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی که سابقاً نیز ذکر شد، متفق‌اند که جمع بین مطالبه وجه‌التزام و اجرای تعهد اصلی در چنین فرضی بلامانع است.[3] در ماده مذکور آمده است: «هر گاه در سند برای تأخیر انجام تعهد، وجه‌التزام

1. C. J. S., Op. CIT. P. 1088.

۲. ربیعا، اسکینی، پیشین، ص ۵۸.

۳. مهدی شهیدی، پیشین، ص ۳۹ ـ ربیعا اسکینی، همان ـ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۳۴۳ ـ محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، واژه وجه‌التزام، ش ۵۹۳۴ ـ سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۲۳۹.

معین شده باشد، مطالبه وجه‌التزام مانع مطالبه اجرای تعهد نمی‌باشد...»).

علاوه بر آن با توجه به اینکه طرفین برای تأخیر در اجرای تعهد وجه‌التزامی را در نظر گرفته‌اند و این شرط خلاف نظم عمومی و قوانین مدونه نیست لذا به نظر می‌رسد مشمول ماده ۱۰ ق. م. ایران نیز خواهد بود. همین وضعیت تقریباً در غالب نظامهای حقوقی شناخته شده جهان دیده می‌شود.[1]

در خاتمه متذکر می‌شویم که به دلیل تشابه شرط وجه‌التزام با عنوان اصلی کتاب یعنی تعیین قراردادی خسارت، این شرط نیز از جهات متعددی قابل طرح و بحث است. لیکن به دلیل پرهیز از زیاده گویی از ادامه مباحث مربوط به وجه التزام صرف نظر می‌شود.

بند دوم- شرط جزایی

این شرط که برخی از حقوقدانان آن را به شرط کیفری تعریف کرده‌اند[2] اصطلاحی است که در حقوق فرانسه رایج بوده و در حقوق ایران اغلب به صورت شرط وجه التزام استعمال شده است و در بند پیشین شرح حال آن گذشت. از لحاظ ماهیت این دو شرط تفاوت چندانی با هم ندارند، الّا اینکه شرط جزایی اعم از شرط وجه التزام است. بدین معنا که موضوع شرط جزایی ممکن است علاوه بر وجه نقد(پول) پرداخت کالا یا انجام فعل یا ترك فعلی باشد که غیر از وجه نقد است. در حقوق فرانسه بین شرط جزایی (Penale Clause) با شرط خسارت مقطوع (Liquidated damage) تفاوتی قایل نشده‌اند و از لحاظ ماهیت نیز همان گونه که سابقاً نیز اشاره کرده‌ایم عقد یا تعهد تبعی محسوب می‌شود که در ضمن یك عقد یا تعهد اصلی گنجانده می‌شوند. طبق ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه به منظور جبران خسارت ناشی از تخلف اجرای تعهد اصلی، طرفین عقد قرارداد معینی را به‌عنوان جریمه مورد توافق قرار می‌دهند.[3] همچنین در این نظام حقوقی شرط جزایی ممکن است برای سه منظور بین متعاقدین مورد توافق قرار گیرد. به منظور تعیین

1. C. J. S., Op. Cit. P. 1088.

۲. ناصر کاتوزیان، ضمان قهری - مسئولیت مدنی، پیشین، ش ۲۱۴.

3. Barry Nicholas, Op. Cit. P. 226.

پیشاپیش خسارت یا رفع اشکالات و نواقصی که در محاسبات ممکن است به وجود بیاید و یا به‌منظور جلوگیری از تأخیر در اجرای تعهد، که در ضمن عقد و تعهد اصلی گنجانده می‌شود.[1]

در حقوق انگلیس شناخت و تعیین دقیق ماهیت شرط تعیین خسارت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. بدین معنا که اگر چه در هر صورت یك تعهد تبعی و ثانوی تلقی می‌شود، اما از نظر قاضی انگلیسی چنانچه شرط مزبور دارای ماهیت تعیین جریمه برای متعهد متخلف باشد، تفاوت بسیار مهمی با شرطی خواهد داشت که برای تعیین مقطوع خسارت احتمالی وارد بر متعهدله مورد توافق قرار می‌گیرد. در صورت نخست به دلیل اینکه مبلغ تعیین شده جنبه تنبیهی دارد از نظر دادگاه معتبر نیست و قاضی می‌بایست متعهد را صرفاً به پرداخت خسارت واقعی محکوم کند. به خلاف صورت دوم که فاقد جنبه تنبیهی است، قاضی حق ندارد در مبلغ تعیین شده تغییری دهد و بدون در نظر گرفتن خسارت واقعی و یا اینکه اساساً خسارتی وارد شده یا نه، متعهد باید مبلغ مورد توافق را بی کم و کاست بپردازد.[2]

بنابراین شرط جزایی یا شرط خسارت مقطوع نیز یکی از شروط ضمن عقد است که متعاقدین پیشاپیش و قبل از وقوع تخلف در اجرای تعهد، مورد توافق قرار می‌دهند و به‌موجب آن میزان و چگونگی جبران خسارت ناشی از تخلف را تعیین می‌کنند. این شرط نیز حسب اظهارات صاحب نظران یك تعهد تبعی و از جمله شروط ضمن عقد محسوب شده است. بی تردید از این حیث تفاوتی با شرط یا تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد که موضوع اصلی مورد بحث است ندارد.

بند سوم ـ شرط محدود کننده مسئولیت

گفته شد که تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد موضوعی است که به‌طور خاص و با همین عنوان مورد بحث و مطالعه حقوقدانان قرار نگرفته است. لذا برای اینکه ماهیت حقوقی آن‌را بدرستی مورد شناسایی قرار دهیم موارد مشابه با آن را که مورد

---

1. Ibid. P. 229.

2. Lowson, Op. Cit, 1972, P. 68.

بحث و تحلیل گسترده صاحب‌نظران قرار گرفته است بیان کنیم تا از این رهگذر نقاب از چهره موضوع اصلی کتاب حاضر برداریم و با استفاده از مطالعات به عمل آمده در خصوص موارد مشابه با آن ماهیت، آثار و احکام آن را شناسایی کنیم. یکی دیگر از موارد مشابه که اغلب به صورت شرط ضمن عقد و به منظور تعیین میزان مسئولیت یك یا هر دو طرف تعهد در ضمن عقد گنجانده می‌شود شرط محدود کننده مسئولیت است. این شرط نیز در واقع قراردادی است که بر اساس آن طرفین توافق می کنند مسئولیت متخلف از میزان معینی فراتر نگردد.

تفاوت این شرط با شرط وجه التزام در این است که مدعی ورود خسارت باید آن‌را اثبات کند، به خلاف شرط وجه التزام، که وقوع تخلف کافی است هر چند که خسارتی کمتر یا بیشتر از مبلغ تعیین شده وارد گردیده باشد. شرط محدود کننده مسئولیت نیز از نظر ماهوی با شرط عدم مسئولیت یکسان است. هر دو از مسئولیت می کاهند.

در شرط نخستین بخشی از مسئولیت نادیده گرفته می‌شود اما در شرط اخیر تمام ضمان از بین می‌رود. تریتل (Treitel) می گوید: مراد و هدف فرعی از شرط وجه التزام همان محدود کردن مسئولیت طرف متخلف است که چنین هدفی نیز صحیح و معتبر است.[1] بعضاً نیز گفته شده است، چنانچه مبلغ وجه التزام قلیل و اندك باشد باید آن را شرط محدود کننده مسئولیت تلقی کرد. مثلاً در دعوایی که شخص متعهد شده بود وسیله‌ای را طی ۱۸ هفته ساخته و تحویل دهد و در صورت تأخیر ۲۰ پوند در هفته بپردازد. دادگاه اظهار داشت که اگرچه ظاهراً شرط وجه التزام باشد اما واقعیت این بوده که زیانهای وارده بر خریدار بیش از این مقدار خواهد بود. لذا مجلس اعیان شرط مزبور را شرط محدود کننده مسئولیت دانسته است.[2]

شرط عدم مسئولیت نیز از منظر تحلیل ماهوی، صرف نظر از نفوذ حقوقی و اعتبار آن همانند شرط وجه التزام و شرط محدود کننده مسئولیت است. میزان قرابت و تشابه آنها به قدری است که به نظر برخی از حقوقدانان فرانسوی شرط عدم مسئولیت همان شرط

1. Treitel. Op. Cit. P. 93.

2. Treitel, Op. Cit. P. 104. - ogus. Op. cit, P. 51.

جزا (وجه التزام) است که مبلغ تعیین شده در آن برابر با صفر پیش بینی شده است.[۱]

نتیجه: شرط محدود کننده مسئولیت یا شرط عدم مسئولیت بی تردید در آثار مؤلفان و صاحب‌نظران دانش حقوق از جمله شروط ضمن عقد تلقی شده که به صورت یك تعهد تبعی و ثانوی همراه با عقد اصلی مورد توافق طرفین قرار می گیرد.[۲] از این حیث شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد، مشابه شرط محدود کننده مسئولیت یا شرط عدم مسئولیت نیز می‌باشد.

مبحث دوم ـ حدود اعتبار و نفوذ حقوقی تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

پیش از این گفته شد که قرارداد یا شرط تعیین قراردادی خسارت ممکن است پس از ورود ضرر و زیان بین مسئول جبران آن و طرف خسارت دیده منعقد شود و براساس آن میزان و چگونگی جبران خسارت مورد توافق قرار گیرد. یا قرارداد و شرط مزبور قبل از وقوع ضرر یا تخلف منتهی به ضرر، فیمابین طرفین منعقد شود. یعنی هنگام انعقاد عقد و قرارداد اصلی، پیشاپیش بر سر میزان و چگونگی جبران خسارات احتمالی حاصل از وقوع تخلف در اجرای تعهد اصلی، به توافق برسند.

قراردادهای دسته نخست که در واقع صلح پس از ورود خسارت محسوب می‌شوند علی‌الاصول نافذ و معتبر هستند. مگر آنکه به اعتبار خاصی در قانون باطل شمرده شده باشند. لیکن قراردادهای گروه دوم همیشه و در تمام موارد صحیح و معتبر نیستند. خصوصاً که این قراردادها در پاره‌ای تعهدات مثل تعهدات پولی به طور جدی و گسترده محل نزاع و اختلاف صاحبان نظر و اندیشه بوده است. در تعهدات غیر پولی نیز این قبیل قراردادها یا شروط ضمن عقد ممکن است مستلزم آثار و تبعاتی باشند که یا در خود عقد

---

۱. حسن افشار، کلیات حقوق تطبیقی، مجموعه حقوق تطبیقی، ش ۱، تهران، ص ۲۲۰.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، پیشین، ش ۴۱۴ و ترمینولوژی حقوق، پیشین، ش ۳۰۶۹ـ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، پیشین، ش ۸۳۲.

اصلی و یا در اصول اخلاقی و اجتماعی و روابط انسانی فیمابین تأثیر گزاف یا ناروایی داشته باشند که از نظر قانونگذار مذموم و نامطلوب محسوب شوند. در این صورت نیز شرط یا قرارداد فاقد اعتبار و نفوذ حقوقی خواهد بود. بنابراین لازم است این گروه را با دقت و عمق بیشتری مورد تحلیل حقوقی قرار دهیم.

علیهذا همان گونه که قبلاً گفته‌ایم، تعیین قراردادی خسارت معمولاً به صورت شرط ضمن عقد مورد توافق قرار می گیرد. این شروط ممکن است در ضمن تعهدات پولی گنجانده شوند و یا در ضمن تعهدات غیر پولی مطرح باشند. همچنین عقد اصلی ممکن است عقد لازم باشد و یا عقد جایز. بنابراین چهار فرض کلی متصور است که ذیلاً هر یك را جداگانه مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهیم.

گفتار اول ـ حدود اعتبار شرط تعیین قراردادی خسارت در ضمن عقد لازم (در تعهدات غیر پولی)

اصولاً توافقهایی که همراه با عقود و قراردادها برای میزان و تغییر مسئولیتهای قراردادی منعقد می‌شوند اولاً خودشان اغلب به صورت شرط ضمن عقد هستند. ثانیاً وجه غالب در این موارد چنین است که شرط تعیین قراردادی خسارت در ضمن عقد یا قرارداد لازمی گنجانده می‌شود. البته قراردادهای جداگانه، به‌گونه‌ای که ملحق به عقد اصلی می‌شوند، از آنجا که اعتبار خود را از قصد مشترك طرفین کسب می کنند در حکم شرط ضمن عقد هستند. از سوی دیگر، شرط ضمن عقد یك تعهد تبعی است و طبعاً متفرع بر تعهد اصلی و در واقع جزیی از معامله یا تعهد اصلی محسوب می‌شود.

به تعبیر دیگر شرط تعیین قراردادی خسارت، همانند شرط وجه التزام یا شرط فزونی مسئولیت و غیره، چیزی جز افزایش دامنه تعهدات و مسئولیتهای متعهد نخواهد بود. شرط ضمن عقد اگر چه از جهت انشاء استقلالی ندارد و در مرحله پیدایش تابع قرارداد اصلی است و همانند یك زائده حقوقی از قرارداد اصلی کسب اعتبار و نفوذ می کند[1]،

---

۱. مهدی شهیدی، جزوه درسی حقوق مدنی ۳، دانشگاه شهید بهشتی، سال ۶۷، صص ۵۹ و ۶۰.

اما به واقع محصول تراضی طرفین است که بر تعهدات متعارف مدیون یا متعهد می افزاید. چنین شرطی که بر مسئولیت متعهد می افزاید بنابر اصل نافذ است. متعهد می تواند بابت تضمین اجرای قرارداد تعهدی را جداگانه و در ضمن شرطی دیگر بپذیرد و از این طریق خاطر متعهد له را جهت اجرای قرارداد آسوده نماید. طبیعی است که چنین توافقهایی، در چهارچوب شرایط مربوط به نفوذ و اعتبار عموم قراردادها و شروط، معتبر و نافذ هستند. مواد ۱۰ و ۲۲۳ قانون مدنی ایران به نحو عام اعتبار چنین شروطی را در نظام حقوقی ایران به رسمیت شناخته است. در فقه و آثار فقهای امامیه تصریح شده است که هر گاه طرفین معامله شرطی را که به مصلحت یك یا هر طرف باشد مورد توافق قرار دهند، معتبر و نافذ است. مثلاً هر گاه در عقد بیع شرط خیار، مدت، رهن، ضمان و غیره شود چنین شروطی معتبرند.[1]

برخی در خصوص اعتبار شروط چنین گفته‌اند: «آنچه به حسب فهم عرف ملاك وجوب و اعتبار در شروط می‌باشد همان قرار (توافق) مؤمنین است و مؤمنین متعهد به قرارها و التزاماتشان هستند بدون دخالت خصوصیتی از شروط...شرط فی نفسه یك قرار (توافق) است اما در تحقق عنوان خود، اندراج آن در ضمن عقد لازم است...این ارتباط بین عقد و شرط غالباً به خاطر دخالت آن در انگیزه و ازدیاد در قیمت و غیره حاصل می‌شود. چه بسا انگیزه اصلی شرط باشد و به خاطر آن شرط، عقد اصلی منعقد شود. اگر چه وجوداً شرط فرعی و تبعی است اما به حسب غرض و انگیزه، عقد فرعی و شرط اصلی است.»[2]

همچنین در سؤال و جوابی که از فقیه بزرگ شیعه مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی به عمل آمده بر صحت و اعتبار این شرط تأکید شده است. سؤال چنین است: در ضمن عقد لازم، شرط می کنند که هر گاه مستحق للغیر بر آید مبیعی که در عقد به

---

۱. سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، لبنان، بیروت، دار احیاء‌التراث العربی، ص ۷۲۹ و ج ۵، ص ۳۷ ـ میرزا ابوالقاسم، (محقق قمی)، جامع الشتات، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱ ـ ص ۲۱۸، سؤال ۱۳۳، ص ۲۵۱ سؤال ۱۵۹.

۲. امام خمینی(ره)، کتاب البیع، ج ۵، پیشین، صص ۲۰۲ الی ۲۰۵.

او منتقل نموده، الی پنجاه سال و پنجاه تومان مثلاً مشغول الذمه باشد از برای مشتری و مجاناً به او بدهد، آیا با ظهور استحقاق غیر ...مشروط علیه، مشغول الذمه می‌شود یا خیر...؟ در جواب چنین فرموده‌اند: بلی ظاهر صحت شرط مذکور است.[۱]

همچنین علاوه بر قواعد عام در حقوق ایران و آرایی که از فقهای امامیه نقل گردید، قواعد خاصی در خصوص مسئله مورد بحث وارد شده‌اند که به وضوح بر نفوذ و اعتبار حقوقی چنین شرطی دلالت می‌کنند. در ماده ۲۳۰ ق. م. چنین آمده است: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند».

اگر چه ماده مذکور صراحتاً در خصوص حدود اعتبار و نفوذ حقوقی شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد وارد نشده است اما ماده مذکور به علاوه مواد ۲۲۱، ۲۲۸ و ۵۵۸ از ق. م. هیچ گونه شك و تردیدی را در صحت و اعتبار این قبیل شروط باقی نمی‌گذارد. مضافاً اینکه در سالهای اخیر طی استفتائاتی که از کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در خصوص وجه التزام و موارد مشابه آن صورت گرفته است رویه معمول در نظام قضایی ایران در این خصوص را بیش از پیش آشکارتر کرده است. در یك مورد از سؤالات چنین آمده است: موجر تعهد می‌نماید ظرف مدت معینی دکان محل کسب مستأجر را که تخلیه می‌شود نوسازی نموده و به او تحویل دهد. چنانچه در مدت مرقوم تحویل نداد روزانه مبلغی بپردازد. با توجه به اینکه مدت اجاره قبلاً منقضی شده بود آیا چنین تعهدی شرعاً الزام آور است یا خیر؟ کمیسیون مذکور چنین پاسخ داده است: چنانچه تعهد مذکور در ضمن عقد لازم بوده لازم الوفاء می‌باشد والا شرط ابتدایی است و الزام آور نیست.[۲]

در سؤال دیگری آمده است: آیا مطالبه و وصول وجه التزام در قراردادها که شرط

---

۱. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، سؤال و جواب، مطبعةالحیدریه، نجف اشرف، ۱۳۴۰ هـ. ق.، ص ۱۴۶.

۲. پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات و مشاوران حقوقی شورای عالی قضایی، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۱۸.

عدم انجام تعهد بوده است دارای جنبه شرعی بوده و می توان وجه التزام را از کسی که تعهدی داشته و بدان عمل ننموده صرف نظر از علل آن مطالبه نمود یا خیر؟ کمیسیون در پاسخ چنین گفته است: اگر این شرط در ضمن معامله‌ای شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأدیه نماید مطالبه چنین وجهی با توجه به ماده ۲۳۰ ق.م. بلااشکال است.[۱]

در حقوق کامن‌لا همان گونه که در فصل اول در خصوص وجه التزام و شرط خسارت مقطوع گفته شد شروطی مثل شرط تعیین قراردادی خسارت یا شرط وجه التزام بی تردید پذیرفته شده و معمول چنین است که در اغلب قراردادها برای جبران خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهد و نقض عهد مبلغ معینی برای جبران خسارت حاصله از نقض قرارداد در نظر می گیرند. از نظر قضات و حقوقدانان حقوق کامن لا این غیر معمول نیست که طرفین قراردادی، مبلغی را به عنوان جایگزین خسارت ناشی از نقض قرارداد در نظر بگیرند و در صورت وقوع تخلف، آن مبلغ به طرف زیان دیده پرداخت شود. بلکه آنچه از نظر اینان مهم است اینکه چگونه شرطی از سوی دادگاهها پذیرفته شده و لازم‌الاجرا می‌باشد؟ در پاسخ به سؤال مزبور گفته شده است: شرط ضمن عقد مورد توافق برای تعیین خسارت، ممکن است برای سه هدف یا به سه اعتبار در عقد گنجانده شده باشد:

۱ـ ممکن است برای تضمین قرارداد و یا جهت اجبار متعهد به اجرای قرارداد، مورد توافق واقع شده باشد که در این صورت مانع از تخلف در اجرای تعهد از جانب متعهد خواهد شد.

۲ـ ممکن است برای سهولت تعیین آنچه باید پس از نقض قرارداد پرداخت شود قصد و طرح گردد. این طریق بی دردسر ترین راه تخمین خسارت است که پیشاپیش برای خسارت احتمالی ناشی از نقض عهد در آینده در نظر گرفته می‌شود.

۳ـ همچنین ممکن است برای تعیین سقف و محدوده مقدار خسارت ناشی از

---

۱. همان.

نقض عهد در نظر گرفته شود که طبعاً کمتر از خسارتی خواهد بود که متعهد له متحمل می‌شود.[۱]

در هر حال در این نظام حقوقی شرط تعیین خسارت و یا تعیین قراردادی خسارت[۲] سابقه‌ای طولانی دارد و در گذشته دادگاههای کامن لا، بنابر اصل آزادی قراردادها هر گونه شرط پرداخت وجه التزام یا خسارت تعیین شده را محترم شمرده و حقی برای دخالت در تصمیم طرفین از آن خود نمی‌دیدند. البته آنچه در این نظام محل نزاع و اختلاف تاریخی بین دادگاههای کامن لا و دادگاههای انصاف بوده و اینك نیز به گونه‌ای به مرز مشترك رسیده‌اند، شروطی هستند که با ماهیتی غیر از تعیین خسارت، مورد توافق قرار می گرفته‌اند. این شروط به دلیل ممنوع بودن مجازات و جریمه اشخاص توسط یکدیگر در قراردادها و عدم جواز تنبیه قراردادی، به‌طور جدی‌مورد خدشه و تردید قرار گرفته‌اند به گونه‌ای که امروزه شروطی که تعیین خسارت در آنها واجد جنبه تنبیهی و مجازات متعهد متخلف است اساساً باطل و بی اعتبار اعلام می گردند.[۳]

در ماده (۱)۷۱۸ـ۲ از U.C.C نیز ضمن پذیرش اعتبار چنین شرطی، شرایط و قیودی برای آن در نظر گرفته است که برخی از آنها در بالا آورده شده‌اند. اما آنچه مسلم است ماده مذکور متضمن اعتبار شرط ضمن عقدی است که به منظور تعیین پیشاپیش خسارت احتمالی توسط طرفین مورد توافق قرار می گیرد.[۴]

گفتار دوم ـ حدود اعتبار شرط تعیین قراردادی خسارت درضمن عقد لازم (در تعهدات پولی)

در خصوص اعتبار شرعی شرط پرداخت خسارت بابت تخلف در اجرای تعهدات پولی در فصل اول و مبحث مربوط به خسارت تأخیر تأدیه به تفصیل سخن

1. Murry on contracts. op. cit. P. 708.
2. Agreed damages provision.
3. Lawson. op. Cit. P. 68.
4. Murry. op. Cit. P. 712 - John F.o'connell, Op. Cit. P. P. 68-71.

گفته‌ایم. لیکن آنچه مربوط به اعتبار قانونی این شرط در منابع حقوقی و قانونی قابل ذکر است اینکه، صریح ماده ۲۲۸ ق. م. گویاتر از آن است که نیازی به بحث و تحلیل بیشتر داشته باشد. بدیهی است که هرگاه حاکم حسب ماده مزبور بتواند متخلف متعهد در تعهد پولی را بابت خسارت حاصله از تأخیر در تأدیه محکوم به پرداخت خسارت کند، چرا نتوان حکم به پرداخت خسارتی کرد که پیشاپیش توسط خود طرفین و کاملاً براساس اراده اختیاری هر دو طرف مورد توافق قرار گرفته است و ماده ۲۲۱ ق. م. نیز تصمیم آنان را صریحاً معتبر و به رسمیت شناخته است؟ بی‌تردید آنچه از مواد ۲۲۱، ۲۲۸ و ۲۳۰ ق. م. و ماده ۷۱۹ ق. آ. د. م. استنباط می‌شود این است که اراده قاطع قانونگذار عدم تفاوت و تفکیك بین تعهدات پولی و غیر پولی است. البته ناگفته نماند که توافقهای طرفین تعهدات پولی چنانچه متضمن رفتاری سودجویانه و حاکی از سوءاستفاده از مقررات باشد و در جهت تحصیل مال نامشروع و بهره کشی و رباخوری و استضعاف دیگران صورت گیرد، از نظر مقررات پذیرفته نیست و قطعاً فاقد اعتبار هستند. لیکن آنچه مهم است اینکه باید بین این شروط یا توافقهای متضمن رباخواری و شروط جبران خسارت تفکیك قائل شد و نکته اساسی بازشناسی آن دو از یکدیگر است. در حقوق کامن لا نیز دغدغه قضات و محاکم تمیز آن دو از یکدیگر است تا آنجا که تمایل جدی آنان به سمت جلوگیری و ممانعت از شروطی است که مستلزم رباخواری[1] هستند.[2]

بنابراین لازم است در یکی از مباحث آینده همین گفتار ضمن بررسی تعارض شرط تعیین قراردادی خسارت با ادله عام جبران خسارت، منظور اصلی شرط را که ناظر به حدوث و وقوع خسارت است مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم تا اعتبار شرعی شرط مزبور دقیق‌تر روشن و آشکار گردد. لذا در اینجا از تکرار آنچه در مبحث مربوط به خسارت تأخیر تأدیه که در گذشته آورده‌ایم و با توجه به آنچه در خصوص مفاد شرط خسارت گفته شد خودداری می‌نماییم.

---

1. Usury.

2. Murry op. Cit. P. 708.

گفتار سوم ـ حدود اعتبار شرط تعیین قراردادی خسارت در ضمن عقد جایز

همان گونه که سابقاً گفته‌ایم، تعهد در ذات و جوهر خود دارای تکلیف و الزام است و با اختیار جمع نمی‌شود. لیکن هر گاه منشأ تعهد، عقدی از عقود باشد، آن عقد به نوبه خود ممکن است لازم یا جایز باشد. در این صورت به دلیل وابستگی تعهد به عقد، الزام ناشی از تعهد نیز در حدود مفاد عقد و تابع آن خواهد بود. تعهد ناشی از شرط تعیین قراردادی خسارت نیز سرنوشتی مشابه دارد. یعنی شرطی که موجب تعهد مندرج در خود می‌شود ممکن است در ضمن عقدی لازم گنجانده شود، یا در ضمن عقدی جایز آورده شود. بدیهی است شرط و تعهد ناشی از آن نیز تابع مفاد عقد همراه آن خواهد بود. دو سؤال در اینجا قابل طرح و بررسی است. سؤال نخست اینکه، آیا شرط ضمن عقد جایز، شرطی الزام آور است یا خیر؟ سؤال دوم اینکه، آیا اساساً چنین شرطی دارای اعتبار شرعی و قانونی است یا خیر؟

در پاسخ به سؤال اول برخی محققین گفته‌اند شروط ضمن عقد جایز باطل و بلااثر بوده[1] و به تعبیری دیگر آنها را لازم نشمرده‌اند.[2] اما گروهی دیگر گفته‌اند تا زمانی که عقد باقی است وفای به شرط واجب است.[3] به دیگر سخن، شرط ضمن عقد تابع نوع عقدی است که در ضمن آن گنجانده شده است. اگر عقدی جایز است فسخ آن موجب از بین رفتن لزوم وفای به شرط نیز خواهد بود. اما این امر منافاتی با الزام‌آور بودن ذاتی شرط ندارد.[4] بلکه مادام که عقد فسخ نشده، شرط ضمن آن لازم‌الوفاء است و تخلف از آن غیر مجاز. نهایتاً چنانچه عقدی فسخ شود، در واقع موضوع آن یعنی عقد منتفی شده در نتیجه شرط نیز منتفی خواهد شد.

---

۱. به نقل از سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، پیشین، ص ۴۹.

۲. میرزای نائینی، ج ۲، پیشین، ص ۲۳.

۳. سیدمحمدکاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، چاپ سنگی، چاپ افست، سازمان چاپ مهر، تهران، دارالمعارف الاسلامیه، مؤسسه دارالعلم، ۱۳۷۸ هـ. ق.، ص ۲۶۰ ـ سیدمحمد کاظم طباطبایی، عروة‌الوثقی، ج ۲، لبنان، صیدا، ۱۳۴۹ هـ. ق.، ص ۱۲۲، مسئله ۱۳.

۴. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص ۶۸.

در پاسخ به سؤال دوم نیز باید گفت، برای اعتبار شرعی شرط، همان ادله‌ای که برای اعتبار شرعی شرط ضمن عقد لازم گفته‌اند کافی است و دلیل دیگری لازم نیست. به بیان دیگر ادله‌ای که از کتاب و سنت در خصوص اعتبار و نفوذ مطلق شروط آمده است شامل شرط ضمن عقد جایز نیز خواهد بود. آنچه مهم است اینکه شرط صحیح منعقد شده باشد. (در گفتار بعدی در خصوص شرایط صحت شرط بحث خواهیم کرد.) در فقه بویژه در بحث قاعده شروط، اغلب فقهاء صرفاً متعرض شرط ضمن عقد شده‌اند بدون آنکه فرقی بین عقد لازم یا جایز قائل شده باشند.[۱] هر چند که برخی نیز ضمن تفصیل بین آن دو تنها در خصوص لازم الوفاء بودن شرط ضمن عقد جایز تردید کرده‌اند که قبلاً توضیح آن گذشت.

در حقوق نیز با تأثیر از فقه وضعیت مشابه آن است. چنانکه در ماده ۷۷۷ ق. م. ایران شرط وکالت مرتهن از سوی راهن در فروش عین مرهونه مجاز شمرده شده است. درحالی که عقد رهن از جانب مرتهن عقد جایز است. همچنین با توجه به جایز بودن عقد عاریه، به موجب ماده ۶۴۳ ق. م. شرط ضمان مستعیر برای فرض ایجاد نقص در مال مورد عاریه، نافذ و معتبر شناخته شده است. به علاوه شرط اجل در عقد مضاربه یا شرط پرداخت خسارت به صاحب سرمایه در عقد مضاربه که عقدی جایز است، طبق مواد ۵۵۲ و ۵۵۸ نیز مجاز شمرده شده است که بدین ترتیب اعتبار و نفوذ شرط ضمن عقد جایز در حقوق ایران را بی تردید تأیید می نمایند.

بنابراین می توان گفت شرط تعیین قراردادی خسارت چنانچه در ضمن عقد جایز نیز گنجانده شود نافذ و معتبر است و مادامی که عقد باقی و فسخ نشده باشد شرط ضمن آن نیز باقی و معتبر است.

لذا چنانچه شخصی مفاد عقد جایز را عمل نماید ولی در انجام به موقع آن تخلف کند

---

۱. امام خمینی(ره)، کتاب البیع، ج ۵، پیشین، ص ۲۲۱ (ثم ان جواز الالزام و وجوب العمل من احکام الشروط مطلقا، سواء کانت فی ضمن العقد الازم او الجائز، بناء علی ما تقدم من الشرط مستقل فی الجعل وان وقع فی ضمن العقد، فهو واجب العمل حتی ولو کان فی ضمن العقد الجائز، غایة الامر ان للطرف حلّ العقد و به ینتفی الشرط)ـ سید میرزاحسن موسوی بجنوردی، پیشین، صص ۲۲۲ ـ ۲۱۸.

و یا در اجرای کامل آن تخطی کند که موجب ظهور و مطرح شدن شرط خسارت ضمن آن شود بدیهی است که اجرای شرط و عمل به مفاد آن نیز واجب و الزامی خواهد شد. به‌عنوان مثال، هرگاه وکیلی در عقد وکالت، موضوع وکالت را انجام دهد و پس از اجرای آن به‌دلیل تخلفی که صورت گرفته موضوع شرط ظاهر شود، بدیهی است که اجرای شرط و تعهد ناشی از آن نیز لازم الوفاء خواهد بود.

مبحث سوم ـ شرایط صحت «شرط» تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

طرح بحث

تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد، از دو منظر قابل بررسی است. ممکن است آن را قراردادی فرض کنیم که دارای انشاء مستقلی باشد و طبعاً شرایط مربوط به عموم قراردادها و تعهدات در خصوص آن نیز جاری و لازم‌الرعایه خواهد بود. اما همان‌گونه که سابقاً متذکر شده‌ایم، تعیین قراردادی خسارت از نگاه این کتاب یك شرط تبعی و ضمن العقد است که طبعاً می‌بایست شرایط لازم برای صحت آن نیز از این زاویه بررسی و مورد مطالعه قرار گیرد.

در این صورت سؤال اصلی و مهمی مطرح خواهد بود و آن اینکه: شرایط لازم برای صحت شرط تعیین قراردادی خسارت چیست؟ آیا رعایت شرایط عمومی صحت معاملات برای صحت شرط مزبور نیز الزامی و اجتناب‌ناپذیر است یا خیر؟ به علاوه سؤال فرعی دیگری که لازم است بدان پرداخته شود اینکه، آیا علاوه بر شرایط عمومی مذکور شرایط اختصاصی دیگری هم وجود دارد که رعایت آنها ضروری باشد یا خیر؟

بی‌تردید برای اینکه شرط تعیین قراردادی خسارت دارای آثاری باشد که طرفین معامله قصد آن را داشته‌اند، باید صحیح منعقد شده و تابع قواعدی باشد که برای شروط صحیح در نظر گرفته شده است. لذا، اینکه قواعد و شرایط لازم کدام هستند به تفصیل در این گفتار مورد مطالعه قرار خواهند گرفت. اما برای رسیدن به پاسخ سؤال اصلی، ابتدا باید

سؤال دوم را مورد بررسی قرار دهیم. در پاسخ به سؤال دوم صاحب نظران و علمای حقوق دو عقیده متمایز از یکدیگر را دنبال کرده‌اند. گروهی با تکیه بر این نکته که، شرط جزیی از تعهدات متعهد (مشروط علیه) بوده و مشروط علیه علاوه بر تعهدات ناشی از قرارداد اصلی، متعهد به مفاد شرط ضمن آن نیز می‌باشد و چنین شرطی متضمن تعهد جداگانه‌ای نیست، در نتیجه اگر شرطی دارای شرایط لازم برای صحت شروط، مندرج در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق. م، بود چنین شرطی صحیح است و نیاز به سایر شرایط، مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م. که مربوط به شرایط اساسی برای صحت عموم معاملات است، نخواهد بود. مهم‌ترین دلایل این گروه را می‌توان چنین برشمرد:

۱ـ شروط ضمن عقد در حقیقت از جهت انشاء استقلالی ندارند و در مرحله پیدایش و تکوین تابع قراردادی هستند که در ضمن آن درج شده‌اند. بدین ترتیب شروط مزبور خارج از ارکان عقد اصلی محسوب شده که همانند یك زائده حقوقی از قرارداد اصلی کسب اعتبار و نفوذ می‌کنند.[۱]

۲ـ ماده ۲۳۲ ق. م. که در صدد بیان شرایط بطلان شروط بوده نامی از شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ نبرده است و چنین سکوتی در مقام بیان قرینه مسلمی است بر عدم لزوم رعایت شرایط دیگر. پس شروط با رعایت همان شرایط مندرج در ماده ۲۳۲ صحیح هستند.[۲]

۳ـ به علاوه، طبق ماده ۱۰ ق. م. که قراردادهای خصوصی را نسبت به طرفین نافذ می‌داند، این گونه شروط و نیز معامله‌ای که شرط ضمن آن شده است، صحیح می‌باشد.[۳]

---

۱. برای دیدن نظرات حقوقدانان و فقهایی در این خصوص رجوع شود به: سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۲۲۵ به بعد (ایشان در میان شرایط صحت شروط ضمن عقد تنها شروط مقدوربودن، عقلایی بودن غرض، مخالف کتاب و سنت نبودن، منافی مقتضای عقد نبودن شرط، مستلزم محال نبودن و ذکر در متن عقد را لازم دانسته‌اند و چنین به نظر می‌رسد سایر شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ مد نظر ایشان نباشد). ـ سید محمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، پیشین، ص۱۱۶ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، پیشین، ص ۲۲ـ مهدی شهیدی، جزوه درسی حقوق مدنی ۳، پیشین، ص ۶۰ ـ سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی ۲، پیشین، ص ۵۰ به بعد.

۲. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۲۷۲.

۳. همان.

در مقابل گروهی دیگر معتقدند[۱]، شرط ضمن عقد فی نفسه تعهد جداگانه‌ای است که در کنار تعهد اصلی مطرح است. هر چند که به دلیل قصد طرفین بین عقد اصلی و شرط ضمن آن وابستگی و علقه‌ای ایجاد شده که در نتیجه تعهد حاصل از شرط را تابع تعهد اصلی نموده است. لذا مهم ترین اثر این نظریه، این است که برای صحت هر شرط ضمن عقد علاوه بر شرایط مندرج درمواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق. م، رعایت شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ نیز لازم و ضروری است.

چنین به نظر می‌رسد شرط تعیین قراردادی خسارت نیز اگر چه تعهد تبعی و فرعی محسوب می‌شود، اما در هر حال به نوبه خود نوعی تعهد است که شرط بودن آن تغییری در ماهیت اصلی آن ایجاد نمی کند. لذا با توجه به اینکه شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق. م. ناظر به عموم قراردادها و تعهدات است، شامل شرط مورد بحث ما نیز بشود. از سوی دیگر پذیرفته نیست که در بخشی از مقررات یك نظام حقوقی خصوصاً نظامی که مبتنی بر معارف و دستورات الهی و آسمانی است، اصول انسانی، عدالت و اخلاق حسنه نادیده گرفته شود و اشخاص بتوانند با تمسك به این قبیل مقررات به مطامع نامشروع و غیر انسانی خود دست یازند. نپذیرفتن شمول شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ در خصوص شروط ضمن عقد، راه را برای فرار از پاره‌ای شرایط لازم و ارزشمند در روابط حقوقی و انسانی باز خواهد گذاشت.

برای مثال هر گاه طرفین معامله یا یکی از آنها بخواهند از چنگ اثر ابطال قراردادی که دارای جهت نامشروع است فرار کنند براحتی قادر خواهند بود جای قرارداد اصلی و شرط ضمن عقد را عوض کنند و با لحاظ جهت نامشروع در شرط مذکور به مطامع خود دست یابند. یا فی المثل، فقدان اهلیت در زمان توافق بر شرط خسارت و نیز شرطی را که بر اثر اکراه بر عهده مشروط علیه نهاده می‌شود، نمی توان به صرف اینکه شرط تعهد تبعی است و ماده ۱۹۰ درصدد بیان شرایط مربوط به قراردادها و تعهدات اصلی بوده است، بسادگی قابل اجرا و صحیح دانست. همچنین پذیرفته نیست که اشتباه در موضوع اصلی

---

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، پیشین، ص ۱۶۶ به بعد؛ آقای دکتر ربیعا اسکینی در خصوص شرایط وجه التزام شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ را الزامی دانسته‌اند، پیشین، ص ۷۶ به بعد.

شرط را بی تأثیر در نفوذ آن بدانیم.

بلکه، آنچه منطقاً باید پذیرفت اینکه، قانون علاوه بر شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ که برای عموم معاملات و تعهدات آورده است شرایط ویژه‌ای را نیز برای شروط بیان داشته است. ذکر شرایط اختصاصی برای نوع خاصی از روابط حقوقی مانع از لزوم رعایت شرایط عام مربوط به چنین روابط که نوعاً تعهد یا قرارداد محسوب می‌شوند نخواهد بود. لذا چنین به نظر می‌رسد نویسندگان قانون مدنی بنا نداشته‌اند اجرای قواعد عمومی قراردادها را در مورد شروط ممنوع کنند. بویژه آنکه برخی شرایط به قدری لازم و ضروری است که فرض لزوم رعایت آنها در شروط همانند قراردادها بدیهی و قطعی است و عدم ذکر آن در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق. م. به این دلیل است که قانونگذار با توجه به ماده ۱۹۰ نیازی به ذکر مجدد آنها ندیده است. مثلاً بطلان شرط مجهول[۱] هر چند که به عوضین سرایت نکند چنان بدیهی است که نیازی به ذکر دوباره آن نبوده است.

بنابراین چنین به نظر می‌رسد شرایط عمومی صحت معاملات که عمدتاً در ماده ۱۹۰ ق. م. آمده‌اند برای صحت شروط ضمن عقد از جمله شرط تعیین قراردادی خسارت لازم الرعایه می باشند. همچنین عدم مغایرت با نظم عمومی و نیز عدم مخالفت با اخلاق حسنه که در ماده ۹۷۵ ق. م. آمده است هم از جمله شرایطی هستند که باید در شرط مورد بحث رعایت گردند.

بدین ترتیب از آنچه گفته شد چنین استنباط می‌شود که شرایط لازم برای صحت شرط تعیین قراردادی خسارت دو دسته‌اند:

گفتار اول ـ شرایط عمومی

گفتیم که تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد اگر چه به صورت شرط ضمن عقد مطرح می گردد، اما از نظر حقوقی ماهیت خود را که «عقد تبعی» است از دست

---

۱. سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۵۲.

نمی‌دهد. درست است که این شرط چهره تبعی یافته است و وابسته به عقد اصلی است، اما در هر حال خود عقدی است که همانند سایر عقود و قراردادها بایستی تمام شرایط اساسی صحت معاملات را دارا باشد. همچنین تعهدات ناشی از چنین شرطی (عقدی) نیز تابع قواعد عمومی سایر التزام‌هاست.

در فقه امامیه نسبت به شرایط صحت شروط از جمله شروط ضمن عقد اگر چه اتفاق نظر وجود ندارد، لیکن بیشتر اختلافات جزیی و صوری است. عمده‌ترین شرایطی که متقدمان از فقهای امامیه برای صحت شروط قائل شده‌اند حدود چهار تاست که عبارتند از:

۱ـ شرط مجهول ساری به عوضین نباشد.

۲ـ مخالف کتاب و سنت نباشد.

۳ـ با مقتضای عقد مخالف نباشد.

۴ـ غیر مقدور نباشد.

هر چند برخی از اینان نیز تمامی چهار شرط مذکور را لازم ندانسته‌اند[۱] اما بتدریج تحولاتی در این خصوص صورت گرفته است که طبق آن شرایط دیگری افزوده شده و یا تغییر کرده‌اند. در آخرین گامهای این پویه مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب به جمع‌آوری شرایط لازم برای صحت شروط پرداخته و آن شرایط را چنین آورده است:

۱ـ اجرای شرط باید مقدور و ممکن باشد.

۲ـ شرط باید به خودی خود جایز باشد.[۲]

۳ـ نوعاً غرض عقلایی داشته باشد و یا نسبت به مشروط له غرض عقلایی داشته باشد.

---

۱. شهیدین، شرح لمعه، ج ۳، پیشین، ص ۵۰۵ـ ابوالحسن بن حسین بن عبدالعالی، عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، ج ۱، دوره ۱۳ جلدی، چاپ اول، قم، مؤسسه آل‌البیت، لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ هـ. ق.، ص ۲۶۱.

۲. عبارت آورده شده در مکاسب به گونه‌ای است که علاوه بر مشروع بودن خود شرط، مشروع بودن جهت را نیز در شرط لازم می‌داند: ...الثانی ان یکون الشرط سائغا فی نفسه فلا یجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم.

۴ـ مخالف کتاب و سنت نباشد.

۵ـ منافی مقتضای عقد نباشد.

۶ـ نباید مجهول باشد به گونه‌ای که موجب غرور در خود معامله (بیع ـ عقد اصلی) گردد.

۷ـ نباید مستلزم محال باشد.[۱]

۸ـ شرط و التزام ناشی از آن باید در متن عقد باشد.[۲]

عده‌ای از فقهای متأخر از مرحوم شیخ انصاری ضمن نقد و تحلیل شرایط فوق‌الذکر جرح و تعدیلی در آنها نموده‌اند. از جمله مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی، مکره نبودن مشروط علیه در عقد را نیز جزء شرایط صحت شرط آورده است. یا برخی جایز بودن شرط به خودی خود را همان مقدور بودن شرط دانسته‌اند.[۳]

در هر حال از میان شرایطی که ذکر کرده‌اند برخی از آنها جزء شرایط عمومی برای صحت کلیه معاملات است که شرط نیز به عنوان یك عقد تبعی نیز باید دارای آن شرایط باشد. اما پاره‌ای از آنها صرفاً جزء شرایطی محسوب می‌شوند که باید در شروط ضمن عقد وجود داشته باشند و در کلیه معاملات و عقود وجود آن شرایط لازم نیست. لذا با توجه به آنچه گفته شد و نیز با لحاظ قانون مدنی چنین به نظر می‌رسد شرایط عمومی لازم برای صحت شرط را باید چنین برشمرد:

۱ـ قصد و رضای طرفین شرط. هر قصدی مبتنی بر رضایی است که باید پیشاپیش در ذهن و نفس قاصد ایجاد شده باشد. قصدی که مبتنی بر رضایت حقیقی نباشد اثر کامل حقوقی خود را نخواهد داشت و رضایتی که منتهی به قصد نگردد نیز تأثیری در عالم حقوق

---

۱. مرحوم شیخ به نقل از علامه حلی گفته است: هر گاه فروشنده بگوید این کالا را به تو می‌فروشم به شرطی که آن را به خودم بفروشی این مستلزم دور است.

۲. شیخ مرتضی انصاری(ره)، پیشین، ص ۲۷۶ به بعد.

۳. سیدمحمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، پیشین، ص ۱۱۹ ـ محمود شهابی، قواعد فقه، چاپ چهارم، انتشارات چاپخانه دانشگاه، ۱۳۳۳، ص ۵۰ به بعد ـ میرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد فقه، ج ۳، پیشین، ص ۲۲۷ (به نظر ایشان جایز بودن شرط به خودی خود داخل در همان شرط اول یعنی مقدور بودن است زیرا... لانه لا فرق فی عدم کونه مقدورا بین ان یکون عدم قدرته من جهة المنع الشرعی او الجهات التکوینیه.)

ندارد. بدین ترتیب شرطی که مبتنی بر اکراه و یا اشتباه باشد موجب خدشه و خلل در اراده و رضای طرف معامله یا مشروط علیه خواهد بود و چنین شرطی نافذ نیست.[۱] از ملاك مواد ۱۹۵ و ۲۰۳ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب شرطی را بپذیرد به دلیل فقدان قصد باطل است. همچنین اگر کسی با اکراه شرطی را بپذیرد، هر چند ناشی از شخص خارجی و غیر از متعاملین باشد، نباید چنین شرطی را نافذ دانست.

۲ـ اهلیت طرفین. اهلیت، صلاحیتی است که حکایت از رشد و تکامل قوای دماغی و شعور معامله کننده دارد. بدیهی است که چنانچه طرفین عقدی هنگام انعقاد عقد اصلی دارای صلاحیت لازم باشند اما برای شرط ضمن آن، که ممکن است حقوق فراوانی برای هر یك ایجاد کند و یا تکالیف بسیار سنگینی بر عهده آنها بگذارد، صلاحیت لازم را نداشته باشند و فی المثل در اثر بروز حادثه‌ای محجور یا دیوانه شوند، نباید چنین شرطی را معتبر دانست. لذا با تنقیح ملاکات مندرج در مواد ۲۱۰ تا ۲۱۳ ق. م. باید شرطی را که طرفین آن فاقد اهلیت لازم هستند و یا مشروط علیه فاقد آن می‌باشد غیر معتبر دانست.

۳ـ مورد شرط (تعهد) باید معلوم و معین باشد. یکی از مهم‌ترین شرایط و بحث‌انگیزترین آنها در مسئله مورد بحث این کتاب، معلوم و معین بودن موضوع شرط و تعهد ناشی از آن است. آنچه مسلم است، اَشکال تخلف متفاوت است و در هر عقدی چند نوع تخلف در اجرای تعهد ممکن است صورت گیرد. همچنین ممکن است به ازای وقوع هر نوع تخلف خسارت خاصی نیز وارد گردد.

از سوی دیگر، همان‌گونه که در گفتار پیشین گفته شد، شرط تعیین قراردادی خسارت همانند شرط وجه التزام یك مبلغ معین شده برای صرف وقوع تخلف نیست و نیز همانند خسارت مقطوع برای فرض وقوع تخلف و صرف ورود خسارت نیست، بلکه شرط تعیین قراردادی خسارت اولاً برای فرض وقوع تخلف، ثانیاً وابسته و هماهنگ با میزان

---

۱. قانون مدنی در ماده ۱۹۹ آورده است: رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست. مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی مکره نبودن مشروط علیه را جزء شرایط صحت شرط دانسته‌اند. (پیشین).

خسارت وارده است. بدین معنا که شرط تعیین قراردادی خسارت نگاهی واقع بینانه به موضوع ورود خسارت و میزان آن داشته و براساس آن تنظیم و مورد توافق قرار می گیرد. مثلاً طرفین می‌دانند به ازای هر روز تأخیر در اجرای قرارداد از سوی فروشنده تراکتور فلان میزان خسارت بر خریدار وارد خواهد شد، لذا پیشاپیش بر لزوم پرداخت آن، به محض وقوع تخلف، توافق می کنند. یا طرفین می‌دانند که در صورت عدم اجرای قرارداد از سوی متعهد، مشروط له (متعهد له) فلان قدر خسارت خواهد دید. لذا پیشاپیش آن را ضمن شرط همراه با عقد مورد توافق قرار می‌دهند. بنابراین آنچه که طرفین شرط ضمن عقد باید در خصوص معین بودن موضوع شرط رعایت کنند عبارت است از اینکه اولاً چیزی را که باید بابت خسارت پرداخت شود معلوم و معین کنند. مثلاً هر گاه چنین توافق کنند که در صورت تخلف از اجرای تعهد، متعهد باید مبلغی (نامعلوم) پول به متعهد له بپردازد، یا متعهد مقداری از محصول کشاورزی خود را بابت خسارت به مشروط له بپردازد، چنین شرطی معتبر نیست. ثانیاً از آنجا که باید بین موضوع شرط و خسارتی که بعداً به دلیل وقوع تخلف وارد می گردد، تناسبی وجود داشته باشد (چون اساساً شرط و مسئله تعیین قراردادی خسارت ناظر به ورود خسارت و میزان آن است) لازم است دقیقاً معلوم و معین شود و یا ضابطه‌ای معلوم و منطقی برای تعیین آن مشخص گردد. مثلاً یا از ابتدا معلوم کنند که چه مقدار کالا یا چه مبلغی پول بابت خسارت پرداخت خواهد شد و یا معلوم کنند به ازای هر روز تأخیر در اجرای قرارداد یا به ازای فلان مقدار تخلف در اجرای تعهد، فلان مبلغ پول بابت خسارت پرداخت خواهد شد.

بنابراین شرطی صحیح است که دارای شرایط صحت معاملات باشد که یکی از مهم‌ترین آنها مجهول نبودن موضوع شرط است. بسیاری از فقهاء[1] شرط مجهول را به طور مطلق باطل دانسته و آن را از مصادیق غرر تلقی کرده‌اند. با مبهم بودن (معلوم نبودن) و یا مردد بودن بین دو چیز (معین نبودن) در واقع مورد شرط مجهول است و به دلیل فقدان یکی

---

۱. میرزا حسن موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۲۴۶ - سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، پیشین، ص ۵۲ و...

از ارکان صحت شرط، شرط باطل است.

۴ـ انجام شرط باید مقدور باشد. شرط متضمن تعهدی که غیر قابل اجرا باشد لغو و بیهوده است. غیر مقدور بودن ممکن است به اعتبار واقعیت خارجی و عینی فرض شود. مثلاً توافق کنند که در صورت تخلف از اجرای تعهد، متعهد باید ظرف کمتر از یك هفته یکصد واحد آپارتمان با شرایط خاص احداث کند. همچنین غیر مقدور بودن ممکن است ناشی از موانع یا دلایل قانونی باشد. زیرا امری که به حکم قانون ممنوع شده‌است در حکم غیر ممکن تلقی می‌شود. (به تعبیر فقهاء؛ الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً).

بنابراین هر گاه اجرای مفاد شرط ضمن عقد از سوی مشروط علیه ـ ولو با واسطه ـ مقدور نباشد، آن شرط باطل است. علت بطلان چنین شرطی نیز لغو و بیهوده بودن آن است و اساساً مشمول قاعده المؤمنون عند شروطهم نمی‌شود. چرا که چون وفای به آن ممکن نیست فلذا واجب الوفاء هم نخواهد بود.[۱]

۵ـ شرط باید فایده داشته باشد. مالیت داشتن مورد معامله، داشتن منفعت عقلایی و خلاصه فایده و نفع داشتن مورد معامله یا هر تعهدی هر چند تعهد ناشی از شرط ضمن عقد، امری است که نادیده گرفتن آن در معاملات و تعهدات، نزد خردمندان بسیار قبیح و ناشایست می‌باشد. التزام به امری که فاقد منفعت عقلایی است باطل و بی‌ارزش شمرده می‌شود. در ماده ۲۱۵ قانون مدنی آمده است: مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد. یعنی موضوع تعهد باید در میان عقلاء ارزش معاملی داشته باشد.

همچنین در بند ۲ ماده ۲۳۲ همین قانون آمده است شرطی که نفع و فایده نداشته باشد باطل است. البته چنین به نظر می‌رسد که منظور از دارا بودن منفعت در نزد عقلاء چنین باشد که مورد معامله به اعتبار کسی که به او منتقل می‌شود منفعت و فایده داشته باشد و یا شرطی که در ضمن عقد می‌شود باید برای مشروط له ارزش و فایده‌ای داشته باشد، هرچند برای اشخاص دیگر بی‌فایده باشد. کما اینکه رأی صادره از سوی هیأت عمومی

---

۱. منابع پیشین.

دیوان کشور مؤید این نظریه است.[1] دلیل بطلان این قبیل شروط نیز لغو و عبث بودن آنهاست که از نظر شرع الزام آور شناخته نمی‌شوند.

۶ـ شرط باید مشروع باشد. قانون مدنی ایران در بند ۴ ماده ۱۹۰ به لزوم مشروع بودن جهت معامله اشاره کرده و در بند ۳ ماده ۲۳۲ شرط نامشروع را باطل اعلام کرده است. در آثار فقهی و تألیفات فقهاء نیز عدم مخالفت با کتاب و سنت از شرایط صحت شروط شمرده شده است. از کنار هم گذاشتن این مقررات چنین به نظر می‌رسد که اساساً مشروع بودن کلیه تعهدات جزء شرایط لازم برای صحت آنهاست. اما نکته‌ای که قابل تأمل است اینکه چرا در ماده ۱۹۰ به مشروع بودن جهت اشاره شده و در ماده ۲۳۲ به مشروع بودن خود شرط تکیه شده است. مثلاً هرگاه کسی در شرط خسارت بگوید: «در صورت تخلف، متعهد باید یکصد تن انگور به مشروط له بپردازد.» بی‌تردید چنین شرطی باطل نیست. اما اگر به جای انگور یکصد لیتر شراب تعیین شود، طبق بند ۳ ماده ۲۳۲ چنین شرطی باطل خواهد بود. حال آیا چنانچه در تعهدی موضوع آن نامشروع باشد نمی‌توان به استناد ماده ۱۹۰ آن را باطل دانست؟ و نیز آیا چنانچه شرطی که موضوع آن مشروع ولی جهت آن نامشروع باشد، نمی‌توان به دلیل اینکه در ماده ۲۳۲ راجع به جهت شرط اشاره نشده آن را هم باطل اعلام کرد؟

به نظر می‌رسد هر گونه تعهد یا شرطی که به‌طور تبعی مطرح می‌شوند چه موضوع آنها نامشروع باشند و چه جهت آنها باید آنها را باطل دانست. نامشروع بودن شرط بدین معناست که با قوانین امری یا نظم عمومی و اخلاق حسنه منافات داشته باشد. از اینکه در بند ۳ ماده ۲۳۲ ق. م. به مشروع بودن شرط اشاره شده حکایت از اختصاصی بودن این شرط برای شرط ضمن عقد نیست و از اینکه در بند ۴ ماده ۱۹۰ به مشروع بودن جهت معامله اشاره شده، حکایت از نادیده گرفتن لزوم مشروع بودن موضوع معامله هم نیست. لذا باید چنین گفت مشروع بودن شرط آن را از شرایط اختصاصی صحت شروط نمی‌کند و یا عدم

---

۱. هیأت عمومی دیوان کشور در رأی شماره ۵۸۹۲ چنین اظهار داشته است: «...چون شرکت نسبت به موضوعی تشکیل شده که نزد شرکاء مالیت داشته... مورد مشمول مواد استنادیه دادگاه نمی‌باشد...» ـ کیهان، مجموعه رویه قضایی، ج ۲، پیشین، ص ۳۲۵.

ذکر مشروع بودن جهت معامله در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ دلیلی بر عدم لزوم آن در شروط نیست. بلکه اساساً مشروع بودن موضوع و مشروع بودن جهت معامله هر دو از شرایط عمومی همه معاملات از جمله شروط ضمن عقد است و از لحاظ تأثیر در عقود چه عقود اصلی و چه عقود تبعی هیچ فرقی باهم ندارند.[۱]

گفتار دوم ـ شرایط اختصاصی

شاید در بدو امر چنین به نظر برسد که با توجه به مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق. م. که شرایط ویژه‌ای را برای شروط برشمرده‌اند، منظور از شرایط اختصاصی هم، همان شرایط مندرج در مادتین مزبور باشد. در حالی که با توجه به آنچه در بند پیشین راجع به شرایط عمومی گفتیم، باید اذعان کنیم که منظور از شرایط عمومی شرایطی هستند که در تمامی عقود اعم از اصلی و تبعی برای صحیح بودنشان لازم و ضروری شمرده شده‌اند. در نتیجه منظور از شرایط اختصاصی، آن دسته از شرایطی هستند که صرفاً در عقود تبعی و به معنای خاص، شروط ضمن عقد، لازم و ضروری هستند و شرط از آن جهت که شرط است و در ضمن عقد دیگری گنجانده می‌شود باید دارای شرایطی باشد که از این حیث آسیبی به عقد و ارتباط فیمابین آنها نرسد. به این شرایط، شرایط اختصاصی گفته می‌شود. علیهذا، شرایط اختصاصی صحت شرط تعیین قراردادی خسارت، با توجه به مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق. م، به قرار ذیل می‌باشند:

۱ـ شرط نباید خلاف مقتضای عقد باشد.

هر عقدی ماهیتی خاص و خصوصیاتی منحصر به خود و تبعاً به اعتبار آن ماهیت، آثار و تبعات مختص به خود را دارد که آن را از سایر عقود متمایز می‌سازد. این خصوصیات و آثار به لحاظ اهمیت و وابستگی به عقد همیشه و در تمام موارد یکسان نیستند. بلکه برخی از آنها چنان با ماهیت عقد آمیخته شده‌اند که، در نزد عرف و یا از نظر قانون، در واقع ذات و جوهر عقد محسوب می‌شوند. طرفین عقد نیز به قصد حصول آن نتیجه یا اثر، اقدام

---

۱. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، پیشین، ص ۳۰۶، ش ۳۰۲.

به خلق چنین ماهیت حقوقی می نمایند. پاره ای دیگر از آنها که از خصوصیات ذاتی عقد محسوب نمی شوند، صرفاً برای تکمیل شرایط عقد و یا تکمیل اراده مشترك طرفین در هنگام انعقاد عقد در نظر گرفته می شوند. خصوصیات دسته نخست را «مقتضای ذات عقد» و دسته دوم را «مقتضای اطلاق عقد» نامیده اند. فقهاء و حقوقدانان، در اینکه شرطی یا چیزی «خلاف مقتضای عقد است» مباحث بسیاری را مطرح کرده اند.[1] برای روشن تر شدن مسئله یادآور می شویم که به عنوان مثال عقودی مثل عقد بیع، اجاره، نکاح و غیره از جمله عقود لازمی هستند که موضوع اصلی در هر کدام از آنها چیزی است که نتیجه و اثر مستقیم اختصاصی هر یك از آنها به شمار می رود. مثلاً موضوع اصلی عقد بیع، تملیك عین به عوض معلوم است. یعنی به محض وقوع عقد، مشتری مالك مبیع و بایع مالك ثمن می گردد. یا در عقد اجاره به محض انعقاد آن مستأجر مالك منافع و موجر مالك اجاره بها و در نکاح نیز موضوع اصلی تحقق پیوند زناشویی و رابطه همسری است. بنابراین چنانچه در هر یك از عقود مزبور، طرفین بخواهند به موجب شرطی آن آثار اختصاصی را زائل کنند و فارغ از آنها اقدام به ایجاد رابطه ای به همان عنوان نمایند، منطق حقوقی و نیز قانون چنین رابطه ای را به رسمیت نشناخته و باطل می داند. مثلاً معنا ندارد که طرفین، عقد بیع را اراده کرده باشند اما شرط کنند مبیع به ملکیت خریدار در نیاید و یا عوضی برای مبیع در نظر نگیرند. یا عقد نکاح بدون علقه زوجیت اراده شود. چنین شرطی را شرط خلاف مقتضای عقد گویند و طبق ماده ۲۳۳ قانون مدنی، نه تنها خود شرط باطل است بلکه موجب بطلان عقد اصلی نیز می گردد. دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای عقد این است که در فرض اراده انشاء مدلول شرط، مدلول عقد زائل فرض می شود و بافرض زوال عقد هویت شرط منتفی است. در نتیجه، از نظر عرف اراده متأخر که نشانگر قصد واقعی طرفین خواهد بود، اساساً موضوع عقد را زائل کرده و طبعاً جایی برای شرط ضمن آن هم باقی نخواهد گذاشت. لذا منطقاً باید پذیرفت که نه عقد صحیح باشد و نه شرط. برخی از محققین نیز گفته اند، چنین

---

۱. شیخ مرتضی انصاری(ره)، پیشین، ص ۲۸۱ ـ حاج میرزا حبیب الله رشتی، اجاره، پیشین، ص ۱۶۱ ـ سیدمیرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعدالفقهیه، ج ۳، پیشین، ص ۲۳۴.

چیزی از انسان عاقل صورت نمی گیرد.[۱]

اما دسته دوم از خصوصیات عقد که جزء یا لازم ماهیت عقد نبوده و صرفاً عقد بر حسب اطلاق خود مقتضی آن است، حکم دسته نخست و اثر آن را ندارند. مثلاً به‌طور طبیعی وقتی متعاملین، عقد بیعی را اراده و منعقد می کنند، اقتضای این عقد، مادامی که قیدی یا شرطی بر آن نبسته و یا نیفزوده باشند، چنین است که ثمن نقداً پرداخت شود یا کلیه خیارات قانونی یا استلزامات عرفی بر آن مترتب گردد. حال چنانچه طرفین عقد با در نظر گرفتن شرطی، یکی یا تمامی این قبیل خصوصیات را زائل کنند یا تغییر دهند، به دلیل اینکه آنها منظور اصلی طرفین محسوب نمی‌شوند، اراده و انشاء مدلول چنین شرطی بلامانع است. از نظر قانون نیز نه خود باطل شناخته می شوند و نه مبطل عقد خواهند بود. مثلاً هر گاه طرفین شرط کنند که اگر متعهد در زمان مقرر ایفای تعهد نکند موظف است مبلغی به‌قدر یك سوم ارزش موضوع تعهد به عنوان خسارت به متعهد له بپردازد، طبیعی است چنین شرطی به دلیل اینکه به‌طور مستقیم با عقد منافات ندارد و موضوع اصلی آن را زائل نمی‌سازد، نه دلیلی بر بطلان آن است و نه طبعاً مبطل عقد اصلی خواهد بود.

در خاتمه این مبحث ذکر چند نکته ضروری به نظر می‌رسد:

الف: در بسیاری از موارد تشخیص اینکه چه چیزی مخالف مقتضای ذات عقد است و چه چیزی مخالف مقتضای اطلاق آن، امری است دشوار. ضابطه مشترك یا قاعده ثابتی برای تمامی موارد نمی توان یافت، الّا اینکه باید دادرس با استمداد از عرف و مقررات و نیز اصول حقوقی، آثار اساسی و مستقیم عقد یا موضوع اصلی آن را شناسایی نموده و طبق آن مقتضای ذات عقد را از مقتضای اطلاق عقد تمیز دهد. چه بسا ممکن است در زمانی یا در میان قومی امری جزء مقتضای ذات عقدی محسوب شود که در زمان و مکان دیگر چنین نباشد.[۲]

ب: در هر حال چنانچه تشخیص مفاد شرط سخت و دشوار باشد، به گونه‌ای که

---

۱. میرزا حسن بجنوردی، پیشین، ج ۳، ص ۲۳۵، : «اگر شرطی خلاف مقتضای عقد باشد در واقع مثل این است که: فهذا یرجع الی قصد تحقق النقیضین، فیکون مثل هذا العقد باطلا قطعاً، فضلا عن بطلان الشرط، فاذا قال وکیل المرأه: انکحتك الفلانة بشرط ان لا تصیر زوجتك مثلاً، فهذا تناقض و تهافت لایصدر عن عاقل ان لم یکن هازلا».

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۱۰.

تردید نسبت به نوع مخالفت شرط با عقد باقی بماند، برخی گفته‌اند باید به مقتضای اصول عمل کرد و در نتیجه حکم به فساد شرط و بطلان عقد داد. زیرا با ورود شرط، حقیقتاً آنچه مورد تردید و شك قرار می‌گیرد، تحقق عقد است و اصل نیز عدم تحقق آن است.[۱]

ج: برخی معتقدند چنانچه شرطی با ورود خود ماهیت عقد اصلی را دگرگون کند و به جای اینکه موضوع اصلی آن را زائل سازد و یا به گونه‌ای نباشد که رفتار متعاملین غیر عقلایی تلقی گردد، در چنین صورتی که به ماهیت دیگری تبدیل یافته باشد، نباید به دلیل مخالفت شرط با مقتضای عقد آن را باطل دانست. بلکه آنچه واقع می‌شود تابع احکام عقد جدید است.[۲] مثلاً هر گاه در عقد بیع شرط شود که مبیع ملك خریدار نشود و فقط تا زمان حیات بتواند از منافع آن استفاده کند معلوم می‌شود که مقصود واقعی، ایجاد حق عمری برای خریدار ظاهری بوده است نه عقد بیع. این نظریه هر چند در مواردی نقض شده است (مثلاً مشهور فقهای امامیه گفته‌اند: هر گاه دو نفر قصد نکاح موقت داشته باشند اما شرط مدت و مهر را فراموش کنند یا ذکر نکنند عقد دائم به وجود می‌آید)[۳]. اما، چنین به نظر می‌رسد که آن موارد را باید استثنایی فرض کرد و به حکم روایات و ادله خاص آن را خارج از قواعد تحلیل نمود. لذا در سایر موارد به دلیل قاعده «العقود تابعة للقصود» و به قول فقیه حنفی، ابن نجیم، «هر گاه بین زبان و قلب اختلافی باشد، آنچه در قلب (قصد باطنی) وجود دارد معتبر است»،[۴] می‌توان گفت هر گاه شرطی به‌رغم مخالفت با مقتضای عقد آن را به ماهیت دیگری تبدیل کرده باشد نباید حکم به بطلان کامل عقد داد بلکه از رهگذر تحلیل اوضاع و احوال، مقصود واقعی طرفین کشف و ملاك عمل قرار گیرد.

۲ـ شرط نباید به گونه‌ای مجهول باشد که موجب جهل به دو عوض گردد.

در صفحات پیشین گفته شد که شرط به خودی خود به عنوان یك عقد، هر چند تبعی

---

۱. شیخ مرتضی انصاری(ره)، پیشین، ص ۲۸۱.
۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۱۲.
۳. میرزاحسن بجنوردی، پیشین، ج ۳، ص ۱۳۳.
۴. شیخ زین‌العابدین بن ابراهیم ابن نجیم، الاشباه و النظایر (فقه حنفی)، یك جلدی، چاپ قاهره، ۱۹۶۸، ص ۴۶ (لو اختلف اللسان و القلب، فالمعتبر ما فی القلب).

و فرعی، نباید مبهم و نامعلوم باشد. اما شرط به ماهو شرط که زائده‌ای است بر یك عقد اصلی و وابسته به آن، اگر به گونه‌ای مجهول باشد که جهل ناشی از آن به عقد اصلی یعنی به دو عوض عقد سرایت کند موجب بطلان عقد نیز خواهد شد. مثلاً هر گاه طرفین بیع هنگام تأدیه ثمن را تحقق کامل اتحادیه اروپا تعیین کنند، عقد بیع به دلیل مجهول شدن موضوع آن باطل می گردد. همچنین اگر طرفین قراردادی چنین مقرر کنند که سازنده هواپیما موظف است ظرف یك سال ده فروند هواپیمای خاص را تولید و تحویل خریدار دهد و ثمن عبارت است از یکصد میلیون دلار آمریکا و در صورت تخلف از اجرای تعهد بابت خسارت به ازای هر روز تأخیر هر میزان که خریدار مایل باشد از ثمن معامله کسر کند، در این صورت شرط خسارت به دلیل مجهول بودنش موجب جهالت در ثمن خواهد شد و لذا عقد را نیز باطل می کند. این امر در ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران تصریح شده است و شرط مجهول سازی به عوضین را باطل و مبطل عقد دانسته است.

۳ـ مدلول شرط نباید مستلزم دور باشد.

مرحوم شیخ انصاری(ره) یکی دیگر از شرایط صحت شروط را مستلزم محال نبودن آن ذکر کرده است. ایشان قول مزبور را به علامه(ره)، صاحب تذکره نسبت داده و چنین می گوید که: هر گاه عقد بیع نخستین مشروط به بیع دوم بشود، به نظر وی چنین شرطی مستلزم محال است چون شرط مزبور سبب دور می‌شود و دور نیز باطل است.

البته اگر چه چنین شرطی برای شرط تعیین قراردادی خسارت تقریباً غیر معمول و غیر عملی است، اما به هر حال در صورت قبول نظریه علامه(ره) می توان گفت نباید شرط به گونه‌ای باشد که مستلزم دور شود. ضمن اینکه به نظر می‌رسد چنین شرطی مستلزم محال یا دور نباشد. خصوصاً که مرحوم شیخ(ره) با بیان مثالهایی نظریه مرحوم علامه(ره) را مخدوش دانسته است.[1]

۴ـ یکی دیگر از شرایطی که برای صحت شروط گفته‌اند،[2] این است که شرط نباید

---

۱. شیخ مرتضی انصاری(ره)، پیشین، ص ۲۸۲.

۲. میرزاحسن بجنوردی، پیشین، ص ۲۲۶.

به گونه‌ای باشد که موجب غیر مقدور شدن مدلول عقد اصلی یا اجرای مفاد آن گردد. همان گونه که سابقاً گفتیم التزام به امر غیر مقدور هر چند در ضمن عقد لازم و به صورت شرط باشد باطل است و مشمول ادله لزوم وفای به شروط نخواهد بود، اما چنانچه غیر مقدور بودن شرط سبب غرری شدن عقد اصلی گردد و به تعبیر دیگر، انشای عقد اصلی مبتنی بر شرط غیر مقدوری گردد که علم به حصول آن در آینده نیست، چنین شرطی ممکن است سبب غرری شدن و در نتیجه بطلان عقد اصلی شود. برای روشن تر شدن مسئله، اولاً می‌دانیم که «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً»، یعنی چیزی که شرعاً (قانوناً) ممنوع و غیر مجاز باشد به مثابه این است که عقلاً ممکن نیست. ثانیاً چنانچه عقدی مبتنی بر شرطی شود که آن شرط غیر مشروع باشد در واقع اجرای عقد را غیر مقدور ساخته است. مثلاً هر گاه فروشنده‌ای خرما یا انگور خود را، به شرطی که خریدار آن را تبدیل به شراب کند، بفروشد، چنین امری باطل است. یا در صورتی که طرفین یك تعهد پولی، صریحاً شرط اضافه گرفتن و به قصد رباخوری را به عنوان شرط خسارت در نظر گیرند، چنین شرطی باطل و طبق نظری که فوقاً اشاره شد موجب بطلان تعهد اصلی نیز می گردد. بنابراین شروط ضمن عقد علاوه بر اینکه باید شرایط اساسی صحت برای تمامی عقود و تعهدات را، از آن جهت که فی نفسه نوعی عقد (ولو عقد تبعی) محسوب می‌شوند، دارا باشند، باید به اعتبار اینکه ظهور آنها در کنار سایر عقود نیز بی تأثیر در آنها نخواهند بود، شرایط اختصاصی دیگری را هم داشته باشند که به چهار مورد آن پرداخته شد.

گفتار سوم ـ حقوق کامن لا

در حقوق کامن لا، شروط در یك نگاه، به شروط مقدم[1] و شروط مؤخر[2] تقسیم شده‌اند.[3] در تقسیم بندی دیگری نیز شروط را به شروط قراردادی[4] (ضمن عقد)، شروط

1. Condition Precedent.
2. Condition Subsequent.
3. Murray on contracts, Op. Cit, P. 553.
4. Express condition.

ضمنی[1] و شروط قانونی[2] تقسیم کرده‌اند.[3]

برخی از حقوقدانان آمریکایی گفته‌اند، هر شرطی ممکن است به یکی از دو طریق ذیل ایجاد شود:

۱- یا طرفین با اعلام قصدشان عمل یا اتفاقی را در عقد مندرج سازند. این اعلام اراده خواه با الفاظ و کلمات باشد، خواه با رفتارشان.

۲- یا دادگاه بر اساس قواعد عدل و انصاف اعلام کند که اگر چه طرفین شرطی را قصد نکرده‌اند، اما باید چنین شرطی در نظر گرفته می‌شد.

شروط ناشی از طریق نخستین را شروط قراردادی نامیده‌اند که حاصل توافق طرفین هستند و این توافق ممکن است مبهم و پیچیده هم باشد. شروط مبتنی بر شیوه دوم که توسط دادگاه در نظر گرفته می شوند شروط قانونی نامیده می‌شوند که چه بسا از سوی طرفین هم اعلام نشده باشند.[4]

در هر صورت از جمله شروطی که در این نظام شناخته شده است، شروط ضمن عقدی هستند که به تعبیری یك تعهد فرعی و آمیخته با عقود تلقی می‌شوند. پیش از این نیز گفته شد که شرط وجه التزام (Penal clause) یکی از شروط ضمن عقد محسوب می‌شود که به موجب آن طرفین مبلغی را معین می کنند تا در صورت تخلف یا نقض عهد، شخص متعهد به طرف مقابل بپردازد. همچنین اضافه می‌شود که شرط تعیین قراردادی خسارت از لحاظ ماهیت و نیز به اعتبار وجوه دیگر شبیه وجه التزام است. حال برای اینکه شرایط صحت شرط مورد بحث را در حقوق کامن لا مورد مطالعه قرار دهیم به پاره‌ای از شرایط گفته شده در خصوص وجه التزام اشاره می کنیم. مضافاً اینکه برخی از شرایط مهم دیگر شروط ضمن عقد را تحلیل و بررسی خواهیم کرد.

۱- حقوقدانان آمریکایی گفته‌اند، وجه التزام باید معین باشد. یعنی اندازه و مقدار آن

---

1. Implied Condition.
2. Constructive condition.
3. Murray, Op. Cit.,p. 553.
4. Murray. Op. Cit. P.558.

معلوم باشد.[۱] البته ناگفته نماند که در پاره‌ای موارد مثل تعیین مبلغ به ازای هر روز تأخیر که به صورت ضابطه‌ای مشخص می‌شود نیز کافی است. بدیهی است که شرط تعیین قراردادی خسارت نیز منطقاً از قاعده فوق مستثنی نخواهد بود هر چند که در این نظام صریحاً بدان اشاره نکرده‌اند.

۲ـ یکی دیگر از شرایط صحت شرط ضمن عقد «معقول بودن»[۲] آن است. در ماده ۳۰۲ ـ ۲ از قانون متحد الشکل تجاری آمریکا (U.C.C) مقرر داشته‌اند: در صورتی که دادگاه از نظر قانونی دریابد که قرارداد یا هر شرطی از قرارداد در هنگام انعقاد آن غیر معقول بوده است می‌تواند مانع از اجرای آن گردد. یا (با توجه به قاعده تجزیه قرارداد) شرط نامعقول را نادیده گرفته و بقیه قرارداد را اجرا کند. یا می‌تواند به حدی شرط نامعقول را محدود سازد که نهایتاً از هر گونه نتیجه غیر معقول جلوگیری نماید. حقوق انگلستان اگر چه فاقد اصل مشابهی با حقوق آمریکاست اما بتدریج و عملاً آن را مورد شناسایی قرار داده است. تا جایی که یکی از مفسران حقوقی چنین اظهار می‌دارد: به‌رغم خدمت ظاهری نظریه آزادی مطلق قراردادها، هر روز علیه قراردادهایی که ناعادلانه، غیر منصفانه، غیر متعارف و یا ظالمانه هستند از سوی دادگاهها رأی صادر می‌شود. غیر معقول بودن واژه‌ای است که به نظر من قابل قبول‌ترین واژه عام برای توجیه یا توصیف این رویه (نظارت و رأی دادن) می‌باشد. (Waddams 1976:390)[۳]

۳ـ در این نظام حقوقی کلیه شروطی که غیر قانونی، غیر اخلاقی، غیر ممکن (ممتنع) و یا مغایر نظم عمومی باشند باطل شناخته می‌شوند.[۴]

البته طبق آنچه از تألیفات و آرای دادگاههای انگلیسی بر می‌آید می‌توان گفت بین قرارداد یا شرط باطل (Void) با شرط یا قرارداد نامشروع (Illegal) که اخص از قراردادها یا

---

1. C.J.S. Op. Cit. P. 1025 - Delawme (G.R.), Transnational contracts, Law and practice Booklet,6. 1983, P.35.
2. Conscionability .
3. John Adams & Roger Brownsword Understanding contract to Law 2ed. London, Fontana, 1988, P. 103-104.
4. David M.Walker. Op Cit., P.267 (conditions which are illegal, impossible or contrary to public policy are generally void).

شروط باطل می باشد، تفاوت آشکاری وجود دارد که بد نیست به گوشه‌ای از آنچه تاکنون گفته شده است اشاره کنیم.

مطالعه حقوق انگلیس نشان می‌دهد که در گذشته دور امکان تجزیه تعهدهای جمع شده در یك سند یا دعوا مطرح گردید و نظریه غالب بلکه عمومی این بود که هر گاه در سندی دو تعهد مشروع و نامشروع جمع شده باشند نباید به بهانه تعهد نامشروع، تعهد مشروع دیگر را نیز باطل دانست. البته بر قاعده تجزیه پذیری[1] تعهدهای جمع شده در یك سند این استثناء اعمال می‌شد که، چنانچه تعهدی مغایر قوانین موضوعه باشد تمام اعمال حقوقی مندرج در سند باطل است. لذا بین تعهدات مخالف قوانین و تعهدات مخالف کامن لا تفاوت قائل بودند. این وضعیت بتدریج دگرگون شد و استثنای مزبور به این صورت در آمد که هر گاه قانونی بطلان قرارداد حاوی شرط نامشروع را اعلام کند دادگاه باید تمام قرارداد را باطل تلقی نماید. اما این تحول در همین جا متوقف نشد. بلکه قاعده بدین صورت در آمد که: اگر در قراردادی امکان تجزیه بخش یا شرط نامشروع از سایر بخشهای آن نبود، تمام قرارداد باطل است. لیکن چنانچه بتوان آن دو را از هم متمایز و تفکیك کرد، خواه نامشروع بودن آن بخش ناشی از قوانین باشد، خواه از کامن لا، باید دادگاه بخش نامشروع را از بخشهای دیگر جدا سازد و تمام قرارداد را به بهانه بخش نامشروع ابطال نکند.[2] البته لازم به ذکر است، اگر چه دادگاه باید بخش نامشروع را جدا کند اما این امر نباید به گونه‌ای باشد که چنین تلقی شود، دادگاه ماهیت قرارداد را تغییر داده و قرارداد جدیدی نوشته است. بلکه به نیش قلم و بدون درهم ریختن مفاد اصلی قرارداد بخش نامشروع را جدا سازد.[3]

مخالفت شرط با نظم عمومی، در حقوق کامن لا، چنان بر پیکره عقد صدمه می‌زند که حتی جدا سازی بخش درست آن بی‌فایده می‌گردد. هر گاه بخشی از تعهد، هر چند

---

1. Severance of promises.
2. Treitel, Op. Cit. P.461- Anson (William, R.), English Law of . Contract, 21th. ed., Oxford at the clarendon press, 1961, Op. Cit. P. 332.
3. Goldoll V. Goldman, Treitel, Op. Cit, P. 463 - Cheshire and Fifoot, Op. Cit, P.425.

به صورت شرط ضمن عقد، مغایر با نظم عمومی محسوب شود و عنصری از پلیدی اخلاقی همانند آدم کشی، دزدی، تقلب مالیاتی و غیره در آن دیده شود هستی عقد را نابود می‌سازد. نظیر آنچه دادگاه در پرونده Kuenigl V.Donne Smark در سال ۱۹۵۵ و یا در دعوای Napier V.National Business Agency Ltd . در سال ۱۹۵۱ رأی داده است.[1]

در دعوای نخست بخشی از قرارداد مربوط به ارتباط با دشمن خارجی بوده و در دعوای دوم شرط پرداخت هفته‌ای ۶ لیره از سوی استخدام کننده به اجیر به قصد تقلب مالیاتی و فریبکاری در میزان درآمدهای او بوده که دادگاه تمامی این قبیل قراردادها را بکلی فاسد اعلام می کند. دعاوی فراوان دیگری در همین راستا مطرح شده‌اند که از ذکر آنها خودداری می‌شود. از مطالعه حقوق آمریکا و انگلیس چنین فهمیده می‌شود که جداسازی بخش سالم و مناسب عقد از بخشها یا شروط ناسالم آن تابع قاعده و ضابطه قاطع و راه حل کاملی نیست. بلکه آنچه امروزه به‌طور عام در این نظام حقوقی پذیرفته شده است چنین است که تجزیه عقد و جداسازی آن از شرط نامطلوب و ناصواب در صورتی امکان دارد که در اثر این عمل، مفاد و هدف اصلی عقد از بین نرود و آنچه باقی می‌ماند نیز مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد. تا آنجا که برخی از حقوقدانان آمریکایی گفته‌اند: چنانچه قراردادی متضمن شرط نامشروعی باشد که محور اصلی تراضی طرفین محسوب نشود و شرط نیز آمیخته با فساد اخلاقی مهمی نباشد، بخش نامشروع قرارداد حذف شده و بقیه آن اجرا می گردد.[2]

در خاتمه یادآوری این نکته ضروری است که اساساً انواعی از قراردادها در کامن لا نامشروع شناخته می‌شوند که طبعاً شامل شروط نظیر آنها نیز می‌شوند. این قراردادها به قرار ذیل می‌باشند:

۱ـ قراردادهای راجع به ارتکاب جرم یا شبه جرم. ۲ـ قراردادهایی که منجر به بی‌بندوباری جنسی می‌شوند. ۳ـ قراردادهایی که مانع آزادی اشخاص در ازدواج می‌شوند.

---

1. Cheshire nd Fifoot. Op. Cit.421-Treitel. Op. Cit. P.426.
2. Calamari and perillo, Op. Cit. P.847.

۴ـقراردادهای شرخری[1] و جانبداری[2] ۵ـقراردادهایی که منجر به ورود صدمه به خدمات عمومی[3] می‌شوند. مثل قراردادهای متضمن رشوه[4] و غیره ۷ـ قراردادهای تجارت با دشمن ۸ـقراردادهایی که در تجارت موجب محدودیت می‌شوند.[5]

---

1. Chumpety. 2. Maintenance.
3. Public service. 4. Bribery.
5. David Barker & Colin Padfield, Law, 8 ed. London, Clays Ltd. 1992, P. 161-163.

فصل سوم

آثار و اجرای «شرط» تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

طرح بحث

در این فصل ابتدا آثار مربوط به تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد را که در واقع به صورت شرط ضمن عقد و متفرع بر یك تعهد اصلی است، مورد مطالعه قرار می‌دهیم. بدیهی است که شرط تعیین قراردادی خسارت علاوه بر اینکه خود فی نفسه دارای آثار و تبعاتی برای طرفین عقد است، برخی آثار آن نیز متوجه تعهد اصلی است که این شرط در ضمن آن گنجانده می‌شود. لذا لازم است به هر دو بخش از آثار شرط خسارت پرداخته شود. بویژه آنکه می‌دانیم هر تعهدی مستلزم ظهور مسئولیتی است که به محض وقوع تخلف و عهد شکنی از سوی متعهد حاصل می گردد و منبع مستقیم این مسئولیت هم عدم اجرای تعهد یا قرارداد است. این امر که مبتنی بر قاعده‌ای بنیادین موسوم به قاعده «لزوم جبران ضرر ناروا» است همواره در تمامی تعهدات و قراردادها به‌عنوان اثری بسیار مهم و قطعی متوجه کسی است که خسارت و ضرر ناشی از عمل

اوست. اما، همان گونه که تاکنون به‌عنوان هدف اصلی این کتاب تعقیب شده، بسیار اتفاق می‌افتد که طرفین قراردادها با اندراج شرطی در ضمن تعهدات و یا انعقاد تعهدی مستقل مسئولیت مزبور را محدود می کنند، یا از بین می‌برند و یا برعهده شخص دیگری محول می‌سازند.

بنابراین یکی از آثار مهمی که باید در این فصل مورد مطالعه قرار گیرد، رابطه و تأثیر شرط تعیین قراردادی خسارت نسبت به مسئولیتهای مسلم ناشی از عدم اجرای تعهد اصلی است. به بیان دیگر تحلیل و بررسی یك مسئولیت قراردادی و یك تعهد قراردادی که اولی به تبع عدم اجرای قرارداد اصلی و دومی به تبع شرط ضمن آن پدید می آید از نکات لازم و ضروری این فصل خواهد بود.

همچنین یکی دیگر از مباحث مهم این فصل مطالعه و تحلیل شرایط، کیفیت و مسائل مربوط به اجرای شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد است. التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف مقابل وارد می‌شود، مسئولیتی است قراردادی که در صورت اجرا با شرایط، عوامل و موانعی مواجه است که چه بسا در مقام اجرا تفاوت چشمگیری با آنچه در قرارداد یا شرط ضمن عقد می آید داشته باشد. بنابراین مطالعه و بررسی این مبحث نیز ضروری به نظر می‌رسد.

مبحث اول ـ آثار «شرط» تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

هر تعهد و قراردادی علی القاعده دارای آثار و احکامی است که اشخاص به انگیزه دستیابی به‌آن و یا به خاطر تحقق آن آثار در خارج، اقدام به انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد می کنند. بدیهی است که هر گاه تعهدی نتواند در خارج منشأ اثر گردد و یا طرفین از ایجاد تعهد، تولید اثری را تعقیب نکنند، آن تعهد یا از ابتدا فاقد ارزش تلقی می‌شود و یا پس از انعقاد منتفی و عقیم خواهد ماند.

بنابراین هر تعهد یا قراردادی می تواند آثاری را به‌دنبال داشته باشد که معمولاً این

آثار را به دو دسته تقسیم می کنند:[1]

۱ـ آثاری که همزمان با انعقاد عقد حاصل می‌شوند مثل اثر تملیك در عقد بیع که به‌محض وقوع عقد حاصل می گردد و یا مثل شروط نتیجه که به محض اندراج شرط، آن نتایج نیز به وجود می آیند. ۲ـ آثاری که بر ذمه متعاهدین تعلق می گیرد و عموماً با موضوع اجرای عقد یا قرارداد همراه است. همانند تسلیم مال فروخته شده و یا انجام کار و عمل معینی که تعهد شده است.[2]

شرط تعیین قراردادی خسارت نیز همانند سایر عقود و قراردادها، هر چند که تبعی و فرعی است، به نوبه خود دارای آثاری است که یا باید آنها را از گروه نخست دانست و یا در گروه دوم جای داد. اما نکته‌ای که در خصوص آثار شرط تعیین قراردادی خسارت حایز اهمیت است، اینکه، برخی از آثار آن متوجه عقد اصلی یا قراردادی می‌شوند که شرط مزبور در ضمن آن گنجانده شده است. تحلیل این آثار و بررسی آنها خصوصاً در صورتی از اهمیت مضاعفی برخوردار خواهند بود که آثار ناشی از شرط با آثار حاصله از عقد اصلی در تعارض باشند. لذا لازم است آثار عقد اصلی و آثار شرط هر یك به طور جداگانه و سرانجام در مقایسه با یکدیگر مورد بررسی و تحلیل قرار گیرند.

بدین ترتیب، از آنچه گفته شد چنین برمی آید که مجموع آثار حاصله از شرط تعیین قراردادی خسارت به قرار ذیل باشند:

الف: آثار حاصله از شرط به‌عنوان یك تعهد مستقل که مستقیماً و همزمان با انعقاد شرط پدید می آیند.

ب: آثار حاصله از شرط که به محض وقوع در تعهد اصلی پدید می آیند. به بیان دیگر تأثیر شرط بر عقد اصلی که شرط مزبور در ضمن آن گنجانده می‌شود.

ج: آثاری که پس از وقوع شرط بر ذمه مشروط علیه به جا می گذارد و علی القاعده با موضوع اجرای شرط مطرح می گردند.

---

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها. ج ۴، پیشین، ش ۶۸۳.

۲. ماده ۳۶۲ (ق. م = قانون مدنی) ایران به بخشی از آثار عقد بیعی که صحیحاً منعقد شده باشد اشاره می کند.

اینك در گفتار نخست از این فصل، تنها به آثار گروه اول و دوم می‌پردازیم. آنگاه در گفتار بعدی آثار گروه سوم را که مربوط به اجرای شرط می‌باشند مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

گفتار اول ـ آثار مستقیم شرط تعیین قراردادی خسارت

پیش از این گفتیم که یك دسته از آثار به محض وقوع عقد و شرط ضمن آن به وسیله شرط مزبور پدید می‌آیند که صرف نظر از اینکه تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد ماهیتاً چه باشد، مستقلاً نیاز به بررسی دارند. از سوی دیگر به‌عنوان یك فرض مسلم می‌دانیم که، تعیین قراردادی خسارت دارای ماهیت شرط ضمن عقد است و طبعاً باید از منظر یك شرط ضمن عقد نیز آثار آن بررسی شود. همچنین با توجه به مباحثی که در خصوص ماهیت و نوع شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد در فصل پیشین گذشت، طبعاً شرط مورد بحث به‌عنوان شرط فعل تلقی گشته و در نتیجه آثار چنین شرطی مورد نظر خواهد بود. مضافاً اینکه می‌دانیم شرط تعیین قراردادی خسارت، خود نوعی تعهد تلقی شده، هر چند که تبعی یا فرعی خواهد بود. بنابراین لازم است آثار شرط تعیین قراردادی خسارت را ابتدا از منظر یك تعهد یا قرارداد مورد مطالعه قرار دهیم. سپس در بند دوم آثار آن را به‌عنوان شرط ضمن عقد دیگر بررسی نماییم.

با مقدمه‌ای که گذشت، یاد آور می‌شویم که وفای به تمامی عقود و قراردادها، مادام که صحیح منعقد شده باشند، مورد دستور صریح آیات و ادله شرعی اسلامی قرار دارند. این امر در تمامی نظامهای حقوقی جهان نیز شناخته شده و مورد قبول است. آیاتی نظیر «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود... »[1] و «... والموفون بعهدهم اذا عاهدوا...»[2] صریحاً مؤمنان را به تعهدات ناشی از عقود و قراردادها وادار می کنند. از سوی دیگر فقهاء و صاحب‌نظران

---

۱. قرآن مجید، مائده، ۱ (ای کسانی که ایمان آورده‌اید به عقود وفا کنید).

۲. قرآن مجید، بقره، ۱۷۷ (متقین و مؤمنان کسانی هستند که به عهد خود وفا می کنند).

در حقوق اسلامی را عقیده بر این است که عقود به معنای عهود است و شرط نیز بی تردید مشمول معنای مطلق عهد واقع شده[۱] و لذا حکم آیاتی که ذکر شدند در خصوص شروط از جمله تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد نیز جاری است.

در روایات و اخبار متعددی نیز مسئله لزوم وفای به شروط و اجرای مفاد آنچه طرفین بدان ملتزم شده‌اند مورد تأکید قرار گرفته است و نظر به عدم لزوم ذکر آنها در اینجا از بیان آنها خودداری می‌شود و خوانندگان گرامی را به آثار و تألیفات دیگر ارجاع می‌دهیم.

بدین ترتیب وفای به شرط ضمن عقد، بویژه عقد لازم، به‌عنوان یك عهد یا تعهد به‌هیچ‌وجه مورد تردید نیست. پیش از این نیز در مبحث مربوط به حدود اعتبار و نفوذ شرط تعیین قراردادی خسارت به کیفیت و چگونگی آن در حقوق ایران و سایر نظامهای حقوقی جهان پرداخته‌ایم.

اما آنچه در اینجا مورد نظر است اینکه، ببینیم شرط تعیین قراردادی خسارت به‌عنوان یك تعهد دارای چه آثار و تبعاتی خواهد بود.

نخستین اثری که شرط تعیین قراردادی خسارت به‌عنوان یك تعهد از خود برجای خواهد گذاشت اثر اجبار کنندگی و الزام به اجرای مفاد شرط برای مشروط علیه است. چنانچه قبلاً هم گفته شد، هرگاه طرفین قراردادی شرط کنند که در صورت تخلفِ متعهد در اجرای قرارداد، متخلف «متعهد به پرداخت مبلغی به‌عنوان خسارت» خواهد بود، اثر این شرط و تعهد فرعی، لازم الوفاء بودن آن و التزام متعهد به پذیرش مفاد آن تعهد است. یعنی مشروط علیه ملزم است که در صورت وقوع تخلف، تعهد به جبران خسارت را پذیرا گردد. به‌عبارت دیگر استقرار تعهد به جبران خسارت در ذمه خود را، در صورت تخلف، مسلم و قطعی تلقی کند.

بنابراین، اثر اجبار کنندگی شرط و قدرت الزام آور بودن آن به‌عنوان یك تعهد در یك تحلیل نظری به دو التزام یا دو اثر مستقیم و غیر مستقیم قابل تفکیك و شناسایی است:

---

۱. در صحیحه ابن سنان آمده است که «العقود هو العهود». مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، پیشین، ص ۳۵.

الف: اثر ایجاد یك تعهد و امر حقوقی که به‌عنوان شرط نتیجه از آن یاد کرده‌ایم. یعنی تحقق یك تعهد در ذمه مشروط علیه. طبعاً اثر مستقیم شرط، چنین خواهد بود که مشروط علیه به محض انعقاد عقد و شرط ضمن آن حق ندارد از پذیرش این تعهد به پرداخت خسارت خودداری کند و یا آن را انکار نماید. یعنی متعهد شدن مشروط علیه نخستین اثر شرط مزبور تلقی می‌شود.

ب: اثر غیر مستقیم دیگر شرط، این است که چنانچه مشروط علیه استقرار تعهد مزبور را در ذمه خود پذیرفته باشد ناچار است مفاد آن، یعنی اجرای تعهد ناشی از شرط را هم قبول کند و در مقام اجرا؛ از آن سرپیچی نکند. هر چند که اجرای آن تابع شرایطی است که در گفتار بعدی خواهد آمد. پس التزام عملی به مفاد شرط و نهایتاً اجرای مضمون شرط که معمولاً با پرداخت مبلغی‌پول صورت می گیرد از جمله آثاری است که به محض انعقاد عقد و شرط حاصل می گردد.

بنابراین وجوب اقدام به شرط و مفاد آن از سوی مشروط علیه، نخستین اثری است که به محض انعقاد عقد و شرط مترتب می گردد. لیکن همان گونه که گفته شد، این امر در دو چهره متمایز از هم مطرح می گردد: نخست وجوب یا لزوم قبول اصل تعهد و عدم جواز انکار آن از سوی مشروط علیه به محض وقوع عقد و شرط ضمن آن، هر چند که هنوز تخلفی از جانب متعهد صورت نگرفته باشد.

ثانیاً وجوب کارسازی و اقدام عملی براساس مضمون شرط که این قسم برخلاف قسم اول معلق است بر وقوع تخلف از سوی متعهد (مشروط علیه).[1]

در خصوص دلیل یا دلایل وجوب و لزوم اثر مذکور، اگر چه در مباحث اعتبار یا احکام مربوط به شروط تفصیلاً بحث کرده‌ایم اما در اینجا به اختصار متذکر می‌شویم که، اساساً هر الزام و التزامی از مصادیق عقود محسوب شده و مشمول تعریف عقد خواهد بود.[2] در نتیجه عموم ادله‌ای نظیر اوفوا بالعقود و غیره شامل هر عهد موثق از جمله شروط

---

۱. شیخ علی کاشف الغطاء، پیشین ص ۱۹۴، مقتضی القاعده فیه عدم تربت الغایات الا بعد فعل الاسباب فیجبر علی فعلها و الا تولاها الحاکم.

۲. مصطفی محقق داماد، پیشین. ص ۴۹.

ضمن عقد نیز خواهد بود.[۱] از سوی دیگر هر شرط یا قراردادی نظیر «تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد» مادام که شرایط اساسی صحت آن جمع باشد در رابطه بین دو طرف قرارداد در حکم قانون است. بر این اساس هیچ یك از دو طرف، حق بر هم زدن آن شرط را نداشته و بویژه در مسئله مورد بحث، مشروط علیه حق ندارد اولاً از قبول اصل تعهد به جبران خسارت استنکاف ورزد. ثانیاً از اجرای مفاد آن در صورت وقوع تخلف خودداری کند.

بدین ترتیب هر گاه طرفین قراردادی شرط کرده باشند که «هر گاه متعهد در اجرای تعهد تخلف کند مبلغی به‌عنوان خسارت به طرف دیگر باید بپردازد»، اثر حاصله از این شرط، تحقق «تعهد به جبران خسارت» در ذمه متعهد است که در فرض انعقاد صحیح عقد و شرط، نتیجه خود به خود حاصل است و مشروط علیه نمی تواند از پذیرش آن صرف نظر کند. چرا که به موجب ماده ۲۳۶ ق. م. نتیجه مزبور به نفس اشتراط حاصل گشته است. اما بدیهی است که اجرای تعهد و اقدام عملی بر اساس مفاد شرط منوط به وقوع تخلف و نیز شرایطی است که متعاقباً مورد تحلیل و ارزیابی قرار خواهد گرفت.

دومین اثر شرط یا تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد «جواز اجبار مشروط علیه ممتنع» است.[۲] البته روشن است که ایجاد و استقرار تعهد در ذمه مشروط علیه به نفس اشتراط حاصل می گردد و ثبوتاً منوط به انعقاد صحیح عقد و شرط مزبور است و اثباتاً نیز موکول به طرق و شیوه‌های اثبات وقوع عقد و شرط ضمن آن است. اما در آنچه که ممکن است مشروط علیه امتناع ورزد، اقدام به جبران خسارت، با فرض نقض عهد و تخلف از اجرای تعهد است. یعنی پس از احراز تخلف و ایراد خسارت، ممکن است مشروط علیه از جبران خسارت وارده خودداری کند که در این صورت مشروط له حق خواهد داشت ممتنع را به جبران خسارت مجبور سازد. در نتیجه اجبار ممتنع و تقدم یا

---

۱. اگر بپذیریم که عقد شامل هر عهد موثق بوده و شروط ضمن عقد نیز به عنوان یك عهد موثق از مصادیق عقد به شمار می‌روند لذا می توان گفت حکم ماده ۲۱۹ ق. م. که می گوید: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین وقائم مقام آنها لازم الاتباع است» در خصوص شرط ضمن عقد نیز جاری است.

۲. سید حسن موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۲۶۷ـ شیخ علی کاشف الغطاء. پیشین، ص ۱۹۴.

تأخیر آن حق بر سایر حقوق مشروط له تابع قواعدی است که پیش از این در مباحث مربوط به ضمانتهای اجرا در قراردادها گفته شد. بدین ترتیب جواز اجبار ممتنع به معنایی که گفته شد از دیگر آثاری است که بر شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد مترتب می گردد.

برای اینکه دومین اثر فوق الذکر دقیق‌تر روشن گردد ناچاریم به گونه‌ای دیگر آن را تحلیل کنیم. می‌دانیم که علی الظاهر در شرط نتیجه اجبار مشروط علیه به اجرای مفاد شرط تا حدودی بی‌معناست. چرا که بر اساس تعریف قانون مدنی از شرط نتیجه، نتیجه به نفس اشتراط حاصل است و لذا نیازی و بلکه معنایی برای اجبار مشروط علیه به اجرای مفاد شرط باقی نمی‌ماند[1] و اثر شرط همراه با عقد اصلی حاصل می گردد. به خلاف شرط فعل که در صورت امتناع از سوی مشروط علیه، مشروط له حق اجبار او به اجرای مفاد شرط را دارد.

لیکن نکته‌ای که ذکر آن در اینجا از اهمیت بسیاری برخوردار است اینکه باید بین نتیجه اصلی حاصله از شرط و لزوم اقدام عملی که به تبع آن نتیجه پدید می آید تفاوت گذاشت. یعنی هر گاه طرفین برای فرض تخلف از اجرای تعهد یا قراردادی، ورود خسارت مشخص را پیش‌بینی می کنند و برای جبران آن پرداخت مبلغ معینی را هم در نظر می گیرند، بدیهی است که این تعهد و شرط ضمن آن با فرض صورتی که در آن طرفین قرارداد مسئولیت و تعهد متخلف در اجرای قرارداد را قهری دانسته و طبعاً بر عهده متخلف و وارد آورنده خسارت می‌دانند، تفاوت اساسی است. چرا که در صورت اول پذیرفتن تعهدی خاص که به موجب آن اولاً: ورود میزان خاصی از خسارت پیش‌بینی و فرض شده است و ثانیاً جبران خاصی که مورد نظر طرفین است، در شرط ضمن عقد گنجانده شده که به محض انعقاد عقد و اندراج شرط، تعهد مزبور در ذمه مشروط علیه مستقر می گردد. بنابراین، چنین تعهدی که بر عهده مشروط علیه قرار می گیرد، او را متعهد به جبران خسارتی می کند که در صورت تخلف ملزم به:

---

۱. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳. پیشین، ص ۲۲۶، ش ۵۹۲.

۱ـ عدم انکار چنین تعهدی می گردد.

۲ـ جبران خسارتی می‌شود که پیشاپیش تعیین شده است، نه خسارتی که پس از ورود خسارت و نقض عهد ارزیابی و محاسبه می گردد.

چنین به نظر می‌رسد که ظاهر ماده ۲۴۱ ق. م تا حدود زیادی شبیه به آنچه گفتیم باشد. در این ماده آمده است: «ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطه معامله مشغول الذمه می‌شود رهن یا ضامن بدهد». یعنی چنین استنباط می‌شود که مشغول الذمه شدن چه بسا در اثر شرطی که به‌صورت شرط نتیجه در ضمن عقدی گنجانده شده است حاصل شود. لیکن اقدام عملی و چهره خارجی تعهد مستقر در ذمه مشروط علیه، از طریق دادن رهن یا ضامن صورت گیرد.

پس در این صورت است که هر گاه مشروط علیه از اجرای عملی مفاد شرط امتناع ورزد، مشروط له حق خواهد داشت او را مجبور به اجرای مفاد شرط کند.

سومین اثر شرط، تحقق خیار فسخ برای مشروط له در فرض عدم امکان اجبار ممتنع است. تردیدی نیست که بسیاری از شروط چنان با اهمیت بوده و مؤثر در عقد و قرارداد هستند که چه بسا مشروط له بدون درج آنها در ضمن عقد هیچ تمایلی به انعقاد قرارداد اصلی پیدا نکند. بسیار اتفاق می‌افتد که قبول برخی از شروط ضمن عقد بهترین ضمانت اجرا و وسیله اطمینان بخش برای انعقاد معامله یا قرارداد تلقی می گردند. لذا در صورتی که اجرای شرط ممتنع گردد و یا پس از انعقاد عقد و شرط ضمن آن، معلوم شود که اجرای شرط حین‌العقد ممکن نبوده است، بدیهی است که ادامه لزوم عقد برای مشروط له‌ای که حقوق او قابل تأمین نباشد، امری است ضرری و طبعاً به استناد قاعده لاضرر، حکم لزوم عقد مرتفع شده و عقد لازم به عقد جایز تبدیل می گردد. برای مثال هر گاه در ضمن قراردادی خسارات ناشی از تخلف از آن تعیین و پرداخت آن بر عهده شخص ثالثی گذاشته شده باشد، چنانچه پس از عقد معلوم شود، کسی که متعهد به جبران خسارت شده صلاحیت لازم برای قبول چنین تعهدی را نداشته، طبعاً باید برای مشروط له حق فسخ معامله را در نظر گرفت. در ماده ۲۴۰ ق. م صریحاً آمده است که «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین‌العقد ممتنع بوده است کسی که شرط به نفع او

شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد». البته لازم به ذکر است که اگر چه ظاهراً ماده مزبور در خصوص شرط فعل آمده است اما با تنقیح مناط و تحلیل وحدت ملاک می توان حکم ماده را در مورد شرط نتیجه نیز جاری دانست.[۱]

چهارمین اثر شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد، آثار غیر مستقیم یا به تعبیر دیگر آثاری است که برخاسته از لوازم عرفی یا قانونی شرط مزبور می باشند.

طرفین هر قراردادی می توانند با رعایت قوانین و مقررات، تعهدات ناشی از آن را معین کنند. از آثار تعهدات نسبت به یکدیگر بکاهند و یا بر دامنه مسئولیت یکدیگر بیفزایند و حتی آثاری را متوجه اشخاص ثالث کنند. اما معمول چنین است که به‌رغم دقت و توجه، بسیار اتفاق می افتد که آثار، تبعات و لوازمی از تعهد و قرارداد مورد غفلت قرار گرفته و یا از ذکر آن در متن عقود و قراردادها آگاهانه صرف نظر می گردد. به همین دلیل، امروزه مسلم است که ذکر تمامی تکالیف جزیی و مسئولیتهای حاصله از قرارداد، ضرورت نداشته و بسیاری از لوازم و آثار قراردادها را به قوانین و عرفهای جاری واگذار می کنند.

ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران در این خصوص چنین آورده است: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای آن چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند». یعنی علاوه بر منبع اصلی التزام در عقود و قراردادها که همانا توافق و تراضی طرفین بوده و بر مبنای قصد مشترك آنان استوار است، عرف و عادات مسلمی که بر قرارداد فیمابین آنها حاکم است، نیز، منبع دیگر التزام متعاملین به شمار می‌رود. کمااینکه قانون مدنی در ماده ۲۲۵ نیز بدان تصریح نموده و چنین می گوید: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». مثلاً هر گاه در عرف نسبت به ایفای تعهد از حیث زمان و مکان، یا از حیث حمل و نقل یا

---

۱. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۲۸۹.

بسته‌بندی امری متعارف باشد، متعهد حق ندارد، به بهانه عدم تصریح موضوع در قرارداد، از اجرای صحیح آن سرباز زند. برای مثال فروشنده شیشه نمی‌تواند به بهانه عدم تصریح به چگونگی بسته بندی و انتقال صحیح و سالم آن به مقصد، شیشه را با کیسه یا گونی برای مشتری ارسال دارد. یا در هنگام تخلیه از عرشه کشتی به ساحل، بدون استفاده از جرثقیل و وسایل مشابه، همانند کیسه‌های حاوی کود شیمیایی، از بالا به پائین رها کند.

در کامن‌لا نیز، توجه به آثار و لوازم عرفی عقود و قراردادها به نحو چشمگیری مشاهده می‌شود. تا آنجا که این نظام حقوقی در مقررات بین‌المللی بویژه در کنوانسیون راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مورخ ۱۹۸۰ نیز تأثیر بسیار زیادی به جا گذاشته است. در ماده ۹ کنوانسیون یاد شده آمده است:

۱ـ طرفین ملزم به رعایت هر گونه عرف و عادت مورد توافق و همچنین کلیه رویه‌های معمول به فیمابین خود می‌باشند.

۲ـ فرض بر این است که طرفین عرف و عادتی را که نسبت به آن وقوف داشته یا می‌باید وقوف می‌داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین‌الملل به نحو کاملی شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در تجارت خاص به طور منظم آن را رعایت می‌کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فیمابین یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند، مگر در مواردی که برخلاف آن توافق شده باشد.

منظور از رویه‌های معمول به فیمابین، رویه‌هایی است که صرفاً توسط طرفین پذیرفته شده و علی‌القاعده تکمیل کننده اراده و شروط حاکم بر قرارداد محسوب می‌شوند.

از مقایسه ماده مذکور با ماده ۱ـ۲۰۵ از قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (U.C.C)[1] چنین استنباط می‌شود که تقریباً مفاد هر دو یکی است و کنواسیون به نحو محسوسی از قانون یاد شده الگو پذیرفته است.

---

۱. U.C.C 205(1) در این ماده رفتارهای مکرر گذشته بین طرفین در خصوص معاملاتی خاص که به صورت قاعده‌ای مورد تفاهم در اعطای معنا و مفهومی ویژه به شروط یك قرارداد مورد استفاده قرار می‌گیرد متضمن همان معنایی است که در کنوانسیون آمده است.

بی تردید امروزه در عموم قواعد بین‌المللی تجاری بر اساس قاعده کلی استقلال طرفین در انعقاد قراردادها، طرفین می توانند راجع به شروط قراردادهایشان تصمیم گرفته و برخی از جنبه‌ها و آثار آن را به دیگر منابع از جمله عرف و عادات مسلم و یا رویه‌های متعارف معاملاتی ارجاع دهند. در حقوق آمریکا کافی است توافق طرفین به نحوی از انحاء مشخص باشد و جایی برای فسخ قرارداد وجود نداشته باشد. در پاره‌ای موارد حتی مطابقت کامل بین ایجاب و قبول و یا اراده‌های طرفین نیز لازم نیست.[۱]

به‌عنوان مثال می توان گفت: هر گاه فروشنده‌ای پیشنهاد فروش هزار تن سنگ آهن را بدهد و او در جواب بگوید قبول کردم، ممکن است فروشنده ادعا کند که ملزم به تحویل سنگ آهن بر اساس تُن خفیفه (۲۰۰۰ پوندی) می‌باشد اما خریدار مدعی میزان سنگ آهن بر اساس تُن ثقیله (۲۲۴۰ پوندی) گردد. در این صورت بی تردید باید به عرف و عادات یا رویه‌های معمول به، به‌عنوان یك منبع لازم‌الاجرا، مراجعه گردد.

بدین ترتیب برخلاف سیستم‌های حقوق نوشته که اغلب اصول کلی و مقررات مربوط به قراردادها توسط قانونگذار مشخص می گردد اما در حقوق کامن‌لا رویه‌های قضایی، پر کننده خلأهای قانونی محسوب شده و طبعاً در خصوص جنبه‌های عرفی و لوازم و تبعات عرفی قراردادها، این رویه‌ها نقش بیشتری دارند. هر گاه قاعده‌ای وجود نداشته باشد که تکالیف طرفین را مشخص کند، خلأ موجود باید توسط اصول و رویه‌های قضایی کامن‌لا تکمیل شود. این امر صراحتاً در قوانین اصلی تجارت آمریکا آمده است.[۲] از سوی دیگر، ارجاع به عرف و عادات و رویه‌های متعارف در صورت فقدان مقررات و توافقهای صریح از جمله اصول پذیرفته شده در این نظام حقوقی است.

همچنین پاره‌ای از آثار و لوازم قراردادها ریشه در قوانینی دارند که به منظور تکمیل تراضی طرفین مورد استفاده قرار می گیرند. این قوانین که به قوانین تکمیلی یا تعویضی[۳]

---

1. U.C.C 204(2).

۲. U.C.C، ماده ۱ـ۱۰۳ در این ماده آمده است اصول کامن‌لا و انصاف، از جمله قوانین معاملاتی، تکمیل کننده قواعد و مقررات آن می‌باشند تا آنجا که مقررات خاص این مجموعه قوانین آن را تغییر داده باشند.

۳. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، پیشین، ص ۱۵۹، ش ۱۶۵.

شهرت دارند، نتایجی را ایجاد می کنند که چه بسا طرفین در حین انعقاد عقد یا اساساً توجهی بدان نداشته و یا تعمداً از تصریح بدانها صرف نظر کرده‌اند. لذا با توجه به تصریح ماده ۲۲۰ ق. م چنین باید گفت که آثار ناشی از این دسته قوانین نیز باید مد نظر قرار گیرند.

البته ناگفته نماند، با توجه به آنچه در خصوص معنای شرط و تعهد ناشی از آن گفته شد، با تنقیح ملاك و الغاء خصوصیت از مفهوم معاملات در ماده ۲۲۰ و موارد مشابه آن، باید گفت آثار و لوازم عرفی و قانونی در شروط ضمن عقد از جمله شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد نیز همانند سایر معاملات و قراردادهای اصلی برای طرفین شرط ضمن عقد لازم الرعایه است. بدین ترتیب هر گونه لوازم عرفی و قانونی که بر شرط ضمن عقد مترتب باشد باید از سوی طرفین مورد شناسایی و رعایت قرار گیرد.

پنجمین اثر شرط ضمن عقد آثار آن نسبت به طرفین قرارداد یا اشخاص ثالث است. همان طوری که سابقاً نیز گفته‌ایم، شرط پاره‌ای از قرارداد است که طبیعتاً همانند عقد، آثاری را که زاده تراضی طرفین است و قانون هم آنها را محترم می‌شمرد، در طرفین عقد به جا می گذارد. اثر لزوم عقد و نیز شرط ضمن آن، چنین است که طرفین آن را از اعمال فسخ باز می‌دارد و آنان را وادار می کند تا آنچه را خلق کرده‌اند نگاه دارند و به مفاد آن عمل کنند. همان گونه که اثر التزام به مفاد عقد در طرفین چنین است که آنان را به رعایت مفاد عقد مجبور می کند. بدین معنی که تا پیمان و عقدی است باید از آن تبعیت شود و این التزام به خلاف لزوم عقد، قاعده‌ای است عام که در تمام عقود از جمله عقود جایز و خیاری نیز جاری است. به بیان دیگر هر چند عقد و قراردادی جایز یا خیاری باشد، تا زمانی که فسخ نشده است اثر مهم آن عدم جواز سرپیچی طرفین از مفاد آن است. شرط ضمن عقد جایز نیز تا زمانی که عقد برهم نخورده باشد الزام آور است.[۱]

از این مقدمه که بگذریم، می دانیم که اشخاص در روابط اجتماعی و حقوقی خود مستقل‌اند و هیچ کس حق ندارد برای دیگری و یا علیه او تصمیمی بگیرد. یعنی اصل اولیه عدم سلطه بر دیگری است و بویژه در قراردادهای خصوصی، آثار عقد باید تنها محدود به

---

۱. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ش ۵۵۶.

کسانی شود که در ایجاد آن نقش دارند. به بیان دیگر در عقود و قراردادها فرض چنین است که بجز برای طرفین برای هیچ کس دیگری نه حقی ایجاد شود و نه تکلیفی برعهده دیگری قرار گیرد. قانون مدنی ایران در ماده ۲۳۱ چنین آورده است: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶». بنابراین اصل اولیه این است که آثار عقد تنها متوجه کسانی است که در خلق عقد یا قرارداد دخالت مستقیم داشته و به تعبیری ایجاب و قبول از آنها صادر گشته است. به بیان دیگر، در نگاه نخستین دو طرف عقد یا به اصطلاح، طرفین قرارداد کسانی هستند که به‌طور مادی در تراضی و توافق حاصله دخالت داشته و عهده دار اجرای تعهدات ناشی از آن می‌شوند.

اما با نگاه به واقعیات و آنچه در اطراف ما می گذرد، بوضوح دیده می‌شود که اشخاص برای دیگران هم معامله می کنند و اگر چه همه آدمیان این صلاحیت را ندارند لیکن به هر حال، یا به حکم قانون و یا به تبع اعمال اراده‌ای که قانونگذار نیز از آن حمایت می کند چنین معاملاتی را منعقد می‌سازند و از رهگذر این قبیل قراردادها در دارایی و اموال دیگران تصرف می کنند، بر میزان آن می‌افزایند و یا از مقدار آن می کاهند. معاملات فضولی، قراردادهای به نمایندگی[1] از سوی دیگران و نظایر آن در حقوق ایران[2] و حقوق کامن‌لا[3] امروزه به حدی وسیع و گسترده صورت می گیرد که جای کمترین تردید در وقوع و ضرورت آن باقی نگذاشته‌اند.

قانون مدنی ایران نیز با آوردن ماده ۱۹۶ اعتبار ایجاد تعهد برای دیگری را چنین بیان کرده است: «کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. معذلك ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید». در حقوق اسلام نیز اعتبار معاملات انجام شده توسط اشخاص برای دیگران تحت عنوان

1. Agency.

۲. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، پیشین، ش ۳۱۳ به بعد.

3. Treitel, Op. Cit, P. 644 - Anson, Op. Cit, P. 573.

وکالت یا معامله فضولی و نظایر آن با رعایت شرایط مربوطه مورد وفاق جمعی فقهای مسلمان است.[۱]

بدین ترتیب معلوم شد که اشخاص می توانند در قراردادها آثاری را متوجه خود یا دیگران سازند. همچنین، این قبیل آثار لازم نیست صرفاً از طریق قراردادهای اصلی صورت گیرد، بلکه چنین آثاری ممکن است از طریق شروط ضمن عقد نیز حاصل شوند. یعنی ممکن است آثاری از عقد اصلی متوجه طرفین یا اشخاص ثالث گردد و یا آثار عقد اصلی متوجه طرفین عقد اما آثاری از تعهدات ناشی از شرط ضمن عقد متوجه اشخاص ثالث یا طرفین و ثالث، توأماً گردد.

برخی از صاحب نظران ذیل ماده ۱۹۶ را نیز که می گوید «... معذلك ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید»، در راستای موضوع مورد بحث ما تحلیل نموده و معتقدند این ماده نیز ناظر به تعهدی است که به صورت شرط نتیجه پدیدار می گردد و از طریق چنین شرطی تعهدی بر عهده متعهد مستقر شده که در سوی دیگر آن حق تملك برای ثالث به وجود می آید.[۲] برخلاف نظریه کسانی که معتقدند، ذیل ماده مذکور ناظر به تملیك به شخص ثالث است که نیازمند سبب خاص و به صورت شرط فعل مطرح خواهد شد.[۳] هر چند که همین نویسنده نیز معتقد است از نظر وحدت ملاك از ماده ۱۹۶ شرط نتیجه را هم می توان برای شخص ثالث در نظر گرفت و مثلاً بر یکی از طرفین معامله شرط شود مال معینی متعلق به شخص ثالث باشد. در این صورت به نفس اشتراط مال مورد شرط از آن شخص ثالث می گردد و احتیاج به قبول او نخواهد بود.[۴] در هر حال اثر شرط نتیجه نسبت به شخص ثالث نیز باید تعهدی باشد

---

۱. ابو القاسم نجم الدین جعفربن الحسن یحیی بن سعید الحلی (محقق حلی)، شرایع الاسلام، کتاب الوکاله، چاپ سنگی، تهران، مکتبة العلمیة الاسلامیه، ۱۳۷۷ هـ. ق. ص ۱۴۷ ـ شهیدین، لمعه، کتاب الوکاله، ج ۴، پیشین، ص ۳۶۸ ـ شیخ محمد حسن نجفی جواهر الکلام، ج ۲۷، پیشین ـ عبدالله ابن احمد، ابن قدامه، المغنی، کتاب الوکاله، ج۵، چاپ اول، بیروت، دار الفکر، ۱۹۸۵ م. ص ۵۱.

۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، پیشین، ش ۵۶۲.

۳. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۲۹۲.

۴. همان.

بر عهده متعهد که تنها به نفع شخص ثالث حقی را ایجاد کرده باشد و الا نمی توان با درج شرطی، نتیجه زیان بخشی را متوجه شخص ثالث کرد و تعهدی را بر او تحمیل نمود.

گفتار دوم ـ آثار شرط باطل در عقد یا تعهد اصلی

قبل از پرداختن به آثار مورد نظر در این بند، یاد آور می‌شویم که اساساً هر گاه عقدی منعقد می‌شود، ممکن است همراه با آن مجموعه‌ای از تعهدات اعم از اصلی یا فرعی مورد توافق و تراضی طرفین قرار گیرد که برخی دارای چهره اصلی و برخی هم ویژگی فرعی و تبعی داشته باشند. شروط ضمن عقد نظیر تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد نیز اگر چه جزیی از عقدیاتعهد اصلی محسوب می‌شوند و مستقل از مفاد عقد نیستند، اما در حقوق ما اغلب به صورت تبعی و فرعی و تا حدودی جدای از عقد مدنظر بوده و به همین دلیل نیز معمولاً به صورت جداگانه و مستقل مورد مطالعه و تحقیق قرار گرفته‌اند. خصوصاً در مواردی که یکی از این دو یعنی عقد یا شرط ضمن آن باطل یا فاسد باشند، از مباحث پیچیده‌تر و مورد نزاع بیشتری برخوردار می‌شوند.

از سوی دیگر، کلیه تعهداتی که در غالب شرط در مجموعه عقود و قراردادها گنجانده می‌شوند به اعتبار آثار و نوع ارتباطی که با آنها برقرار می کنند به انواع و اقسام گوناگونی تقسیم می‌شوند. از جمله این شروط، شروطی هستند که ضمن عقد و یا اندکی پس از انعقاد عقد منعقد شده و به عقد اصلی ملحق می گردند. تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد که حسب تحلیل ما از زمره شروط ضمن عقد به شمار می‌رود، همانند بسیاری از شروط دیگر، ضمن اینکه در خصوص کسب لزوم و اعتبار، بی تأثیر از عقد و تعهد اصلی نیست، خودش هم ممکن است آثاری را در عقد اصلی به جا گذارد. در این بند همان گونه که وعده داده بودیم به آثاری می‌پردازیم که شرط مورد بحث در تعهد و قرارداد اصلی به جا می گذارد. ضمناً ناگفته نماند که اساساً به دلیل اینکه مفهوم شرط ضمن عقد و به تعبیر عام، شروط، با اوصاف و ویژگی‌هایی که در حقوق ما مطرح هستند، در حقوق کامن‌لا مورد بحث قرار نگرفته‌اند، لذا ناچاریم مباحث اصلی این بند را در حقوق

ایران و اسلام تعقیب کنیم. البته این امر بدان معنا نیست که در حقوق کامن لا اساساً چیزی به نام شروط وجود نداشته باشد. خیر، بلکه در این نظام حقوقی نیز حسب ملاحظاتی برای شرط یا هر گونه اظهارات کنار عقود و قراردادها تقسیماتی قائل اند، از جمله اینکه از تألیفات موجود چنین استنباط می‌شود که در حقوق انگلستان دو دیدگاه اصلی در خصوص تقسیم‌بندی شروط مورد توجه قرار می گیرد. از منظر هر دو دیدگاه اعم از دیدگاه سنتی (Classification approach) طبقه بندی، یا دیدگاه جدید موسوم به «Hong Kong Fire Shipping approach» یك تقسیم بندی اولیه در خصوص شروط می توان مشاهده کرد که طبق آن، شروط به مهم و غیر مهم تقسیم می‌شوند.[1] ضمن اینکه هر دسته از این شروط نیز ممکن است به شروط صریح یا ضمنی تقسیم شوند. که شروط ضمنی[2] را نیز به نوبه خود به سه دسته شروط ضمنی واقعی، قانونی و عرفی تقسیم کرده‌اند.[3]

از این موضوع که بگذریم، علی القاعده در خصوص شروط ضمن عقد از جمله تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد که به صورت شرط ضمن عقد و یك تعهد تبعی مد نظر قرار می گیرد، باید گفت بین مفاد شرط و عقد علاقه و ارتباطی است که اگر چنین ارتباطی وجود نداشته باشد چه بسا مفهوم شرط تحقق نیابد. بنابراین از آنجا که ممکن است اساساً تحقق مفهوم شرط منوط به وجود علاقه و پیوندی بین عقد و شرط باشد، طبیعی است که وضعیت شرط نمی تواند با هر کیفیتی که مطرح شود بی‌تأثیر در عقد اصلی باشد. بلکه نتیجه مسلم چنین ارتباطی با آثار و تبعاتی است که ممکن است شرط در عقد یا قرارداد اصلی پدید آورد. اینك برای اینکه مسئله روشن‌تر شود به پاره‌ای از این آثار می‌پردازیم.

در حقوق ایران شرط را بنا به اعتبارهای گوناگون به دسته‌های مختلفی تقسیم کرده‌اند. به اعتبار نفوذ شرط آن را به صحیح و فاسد تقسیم می کنند. شرط صحیح نیز به شرط صفت، فعل و نتیجه تقسیم می‌شود. شرط باطل نیز یا تنها خود باطل است و یا علاوه

---

1. John Adams and Roger Brownsword, Op. Cit. P. 140.
2. Implied Terms.
3. Anson, Op. Cit, p. 140 - Treitel, Op. Cit. P. 185.

بر آن مبطل هم می‌باشد. اما از نگاه دیگر، شرط را به اعتبار اثری که در قرارداد یا عقد اصلی به جا می گذارد به سه گروه تعلیقی، فاسخ و تقییدی تقسیم می کنند. شرط تعلیقی[1] وضعیت آثار عقد اصلی را برای طرفین عقد مبهم و نامعلوم می‌سازد. یعنی مادام که شرط تحقق نیافته باشد آثار عقد از نظر متعاملین، نامعلوم باقی خواهد بود.

لذا اثر مستقیم شرط تعلیقی نامعلوم گردانیدن سرنوشت آثار عقد اصلی است. البته برای مطالعه بیشتر در خصوص اینکه اثر شرط سبب تعلیق در انشاء می‌شود یا منشأ را معلق می‌سازد و سایر مباحث تفصیلی مربوط به صحت و فساد عقد معلق، خوانندگان گرامی را به کتب دیگر ارجاع می دهیم و از ذکر آنها در اینجا خودداری می‌شود.[2] برخلاف شرط تقییدی که از همان ابتدا، شرط سبب می‌شود آثار حقوقی عقد مقید تلقی شوند و به اعتباری شرط تقییدی از مباحث مربوط به آثار قرارداد است و باید شرط را جزیی از عقد دانست.[3] همچنین، طرفین معامله نه تنها می توانند اثر عقد را معلق به تحقق شرطی در آینده کنند، بلکه می توانند انحلال عقد را هم موکول به وقوع امری در آینده سازند. یعنی طرفین می توانند عقدی را منجز واقع سازند اما انحلال و از بین رفتن خود به خودی آن را منوط به تحقق مفاد شرطی در آینده سازند. چنین شرطی را شرط فاسخ یا شرط فسخ کننده قرارداد[4] نامیده‌اند. هر گاه در عقدی چنین شرطی گنجانده شده باشد به محض تحقق مفاد شرط، عقد خود به خود منسخ می گردد و نیاز به تصمیم و یا توافق جداگانه‌ای نیست. به‌علاوه شرط فاسخ مانع از ایجاد آثار عقد هم نمی‌شود. بلکه اثر این شرط انفساخ و انحلال عقد است هر چند آثار عقد پس از وقوع عقد حاصل شده‌باشد.

---

1. Suppressive Condition.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص تعلیق در عقد به کتب ذیل مراجعه شود: شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۹۹ - میرزای نائینی، **منیة الطالب**، ج ۱، پیشین، ص ۱۱۲ به بعد - محمد بروجردی عبده، **حقوق مدنی ایران**، چاپ اول، تهران، کتابفروشی علمی، مؤسسه وعظ و تبلیغ اسلامی، آبان ۱۳۳۵، ص ۱۶۲ - ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، ص ۱۲۴ - سید حسن امامی، **حقوق مدنی**، ج ۱، پیشین، ص ۱۶۳ به بعد.

۳. ناصر کاتوزیان، پیشین.

4. Resolutory Clouse (condition).

در هر حال شروط ضمن عقد اعم از صحیح یا فاسد از جمله آثاری که به جا می گذارند، آثار آنها در عقد یا تعهدی است که در ضمن آن گنجانده می شوند. در ذیل به پاره‌ای از آثار شرط در تعهد اصلی می‌پردازیم. لیکن قبل از پرداختن به آثار مزبور تذکر این نکته ضروری است که، شروط به اعتبار نفوذ به شروط صحیح و شروط باطل قابل تقسیم‌اند. اما از آنجا که بحث آثار شروط صحیح تا حدود زیادی با مباحث مربوط به اجرای شرط بستگی دارد و اجرای شرط نیز خصوصاً در شرط مورد بحث ما که ارتباط مستقیم با مسئله مسئولیت و میزان آن و یا تغییر مسئولیتهای ناشی از عدم اجرای تعهد اصلی دارد، لذا لازم است آثار شرط صحیح را بر عقد و تعهد اصلی که علی‌القاعده در مسئولیتهای ناشی از آن ایجاد خواهد شد، در مبحث آینده که مربوط به اجرای شرط است مورد مطالعه قرار دهیم. بنابراین در این بند تنها به آثار شروط ضمن عقدی که باطل هستند می‌پردازیم. ضمناً در خصوص شرایط لازم برای اینکه شرطی صحیح باشد و یا اینکه شروط باطل در حقوق ایران و کامن‌لا چه شروطی هستند سابقاً در فصل دوم به تفصیل بحث کرده‌ایم.[1]

به موجب قانون مدنی ایران شروط باطل را می توان در دو دسته عمومی خلاصه کرد:

الف: شروط باطلی که فقط خودشان باطل هستند ولی مبطل یا مفسد[2] عقد نیستند. این دسته از شروط در ماده ۲۳۲ ق. م. بدین ترتیب نام برده شده‌اند:

۱ـ شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد.

۲ـ شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.

---

۱. رجوع شود به بند اول و دوم از فصل دوم ـ در حقوق آمریکا و انگلیس نیز منابع ذیل مجدداً یادآوری می‌شود:
A/Treitel, Op. Cit, P.461 - B/Cheshire and Fitoot Op. Cit, p. 425 - C/Ason, Op. Cit, P. 383.

۲. در حقوق ایران بین فساد و بطلان تفاوتی قائل نشده‌اند. اما در فقه برخی اهل تسنن مثل فقه حنفی بین آن دو تفاوت قائل شده‌اند. عقد باطل از نظر اینان عقدی است که اساساً ارکان آن فراهم نشده باشد. به خلاف عقد فاسد که ارکان آن موجود هستند لیکن خللی در یکی از ارکان پدید می آید که شرایط لازم برای صحت عقد را از دست می‌دهد. مثل عقد بیعی که ثمن در آن مجهول باشد. رجوع شود به موسوعه جمال عبدالناصر، ج۱، ص۱۹۲. هر چند مخالفانی مثل سنهوری صریحاً فقدان رکنی از ارکان عقد بیع را موجب بطلان عقد دانسته‌اند. خصوصاً در جایی که مقدار ثمن معلوم نشده باشد و یا آن را به گونه‌ای که قابل تقدیر باشد در نظر نگرفته و مورد توافق قرار داده باشند موجب بطلان عقد دانسته‌اند. سنهوری، الوسیط، ج ۴، پیشین، ص ۳۸۳.

۳ـ شرطی که نامشروع باشد.

ب: دسته دوم از شروط، شروطی هستند که نه تنها خود باطل‌اند بلکه موجب بطلان عقد هم می‌شوند. ماده ۲۳۳ ق. م. نیز این دسته از شروط را چنین آورده است: شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

۱ـ شرط خلاف مقتضای عقد.

۲ـ شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

از دیر باز این مسئله که شروط باطل به دلیل تعارضی که ممکن است با ساختمان حقوقی عقد اصلی پیدا کنند و یا در مفاد تراضی اصلی و نتایج اقتصادی حاصله از عقد تأثیر داشته باشند محل نزاع بوده و مورد اختلافات فراوان فقهی و حقوقی قرار گرفته است. خصوصاً با توجه به اینکه ممکن است هر شرط باطلی در عقد اصلی تأثیر گذار باشد، طبیعتاً اینکه چه شروطی باطل و یا غیر باطل هستند نیز به‌عنوان مقدمه آن بحث، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار شده‌اند. بنابراین دو سؤال مهم در اینجا مطرح می‌گردد. نخست آنکه، چه شروطی باطل هستند؟ دوم آنکه، کدام شرط باطل موجب بطلان عقد نیز می‌شود؟ و به تعبیر دیگر، اثر بطلان از کدام دسته شروط به عقد اصلی نیز سرایت می‌کند؟

فقهای امامیه در پاسخ به سؤال نخست آرای مختلفی ارائه داده و بویژه بین آرای متقدمان و متأخران تفاوتهای فراوانی به چشم می‌خورد. ما در اینجا در صدد آن نیستیم که پرده از این اختلافات برداشته و با نقل آنها موجب تطویل کلام گردیم. اما نظر به اقتضای مبحث ناگزیریم به بخشی از آن مباحث که مربوط به سؤال دوم است بپردازیم.

حسب ظاهر مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق. م. ایران شروطی که انجام آنها نامقدور باشند، بی‌فایده باشند، نامشروع باشند، خلاف مقتضای عقد و یا موجب جهل در عوضین شوند باطل محسوب می‌شوند. اما در این مواد نسبت به شروطی که موضوع آنها مالیت نداشته باشند، نامعین باشند و یا جهت آنها‌مشروعیت نداشته باشند سخنی به میان نیامده است. مثلاً هر گاه طرفین در ضمن قراردادی شرط خسارت را به گونه‌ای تنظیم کنند که جهت آن

نامشروع باشد و یا اساساً مالیتی نداشته باشد آیا شرط صحیح است یا خیر؟[۱]

برخی معتقدند چون ماده ۲۳۲ ق. م. ایران در مقام بیان شرایط باطل بوده و از شرایطی که فوقاً گفته شد ذکری نکرده است و سکوت در مقام بیان هم قرینه مسلمی بر صحت این گونه شروط است، لذا شرطی که موضوع آن مالیت نداشته باشد یا مبهم باشد و یا جهت آن نامشروع باشد، صحیح است و از سوی دیگر باید به دستور ماده ۱۰ ق. م. قراردادهای خصوصی و این قبیل شروط ضمن آنها را صحیح دانست.[۲]

و یا گفته شده است که، چنانچه شرطی مجهول باشد ولی جهل در آن ساری در معامله اصلی نباشد دلیلی بر بطلان شرط مجهول نداریم و اثبات اینکه نبوی معروف (نهی النبی عن بیع الغرر) قابل تعمیم از بیع به سایر معاملات و تعهدات باشد، مشکل است.[۳] البته همین نویسنده پس از ذکر روایاتی دیگر بالاخره می گوید انصاف این است که بگوییم مستفاد از جمیع روایات علم به عوضین از حیث مقدار و اوصاف آنهاست و اگر چه این امر در باب بیع وارد شده است اما اختصاصی بدان ندارد.[۴]

در هر حال اگر چه این نظریه که باید صرفاً شروط مندرج در ماده ۲۳۲ را فاسد دانست در میان حقوقدانان و فقهاء طرفدارانی دارد،[۵] لیکن به نظر می رسد نادیده گرفتن شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ را در شروط ضمن عقد، که اینها هم از جمله تعهدات (هر چند

---

۱. در عوائدالایام مرحوم نراقی که مبحث شروط را مستوفی مورد مطالعه و تحقیق قرار داده است چهار شرط را به نظر فقهاء باطل و غیر جایز دانسته است: ۱ـ شرط مخالف کتاب و سنت ۲ـ شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند ۳ـ شرط مخالف مقتضای عقد ۴ـ شرط مجهولی که جهل آن ساری در عوضین باشد. (ملااحمدنراقی، پیشین، ص ۴۶) پس از ایشان فقهای دیگر نظیر مرحوم میر فتاح و شیخ انصاری و دیگران بر دامنه این نظر افزوده و شرایط دیگری را برای صحت عقد لازم دانسته‌اند که نتایج این سیر تاریخی فقهی را به‌طور خلاصه می توان در قانون مدنی ایران مشاهده کرد. برای مطالعه بیشتر ر. ك. مکاسب، پیشین، صص ۲۸۳ـ۲۷۵ ـ عناوین، پیشین، ص۲۵۴ـ منیة‌الطالب، پیشین، ص ۱۲۵ ـ میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۳، پیشین، ص ۲۲۵ به بعد ـ امام خمینی(ره)، کتاب البیع، ج ۵، پیشین، ص ۲۴۳ به بعد.

۲. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۲۷۲.

۳. سید حسن موسوی بجنوردی، پیشین، صص ۲۴۸ - ۲۴۶.

۴. همان.

۵. سید حسن امامی، پیشین، ص ۲۷۲ ـ شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ص۲۰۲ ـ سید محمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، پیشین، ص ۱۱۶.

که تعهدات تبعی محسوب می‌شوند) به شمار می‌روند، منطقی نباشد.

چرا که، منطقی نیست قانون مشروعیت جهت معامله را در قراردادهای اصلی لازم اما در تعهدات و قراردادهای تبعی غیر لازم بداند. آیا می‌توان تحقق امری را که هدف آن نامشروع است در شرطی گنجانده و به بهانه اینکه از جمله تعهدات اصلی نیست آن را نادیده گرفت؟ همچنین شرط مجهولی که جهالت در آن ساری به عوضین در عقد اصلی نباشد به حسب طبع خود باطل است. (این امر را باید در ماده ۱۹۰ جستجو کرد.) چون قانونگذار در ماده ۲۳۳ درصدد بیان مواردی است که بطلان شرط موجب بطلان عقد اصلی است نباید دلیلی شود برای غیر لازم شمردن سایر شرایط اساسی لازم برای صحت معاملات در شروط.[1] کما اینکه مرحوم صاحب جواهر، به‌رغم اینکه احکام و شرایط لازم برای مبیع و ثمن‌را در شرط لازم نمی‌داند، اما در خصوص شرطی که قابل تعیین نیست قائل به‌بطلان شرط می‌شود.[2]

در هر صورت چون هدف اصلی بحث ما در این فراز بررسی آثار شرط بر تعهد اصلی است و از سوی دیگر هم لازم است آثار شروط باطل را بررسی کنیم، لذا با طرح مقدمه‌ای کوتاه از آرای عمومی صاحب نظران و ضمن برشمردن شروط باطل، آثار هر یک از آنها در تعهد و قرارداد اصلی را پی می گیریم.

در خصوص اینکه آیا شرط فاسد موجب فساد عقد یا قرارداد اصلی هم می‌شود یا نه سالیان متمادی محل بحث و نزاع جدی فقهاء بوده و هست. گروهی معتقدند بطلان شرط در هر صورت سبب بطلان عقد هم می‌شود. مهم ترین دلیل این گروه این است که نظر به قصد و تراضی اصلی طرفین، چنانچه شرط باطل باشد بقای عقد بدون شرط هم ممتنع می گردد و مقصود اصلی که عدم جدایی و تفکیك شرط از عقد است منتفی می‌شود. همچنین گفته شده است که چون به ازای هر شرط بخشی از ثمن یا عوض در نظر گرفته می‌شود لذا در اثر بطلان شرط، عوض یا ثمن ما به ازای آن مجهول می گردد،

---

۱. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، پیشین، ص ۳۰۵ به بعد. ـ مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، پیشین، ص ۵۲.

۲. شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۲۰۲.

در نتیجه عقد نیز باطل خواهد شد.[۱]

گروه دوم برخلاف نظر گروه نخست، اساساً بطلان شرط را در هیچ موردی موجب بطلان عقد ندانسته و هر یك از عقد و شرط ضمن آن را توافق و تراضی جداگانه‌ای می‌دانند که بطلان توافق فرعی نمی‌تواند سبب فساد عقد اصلی فرض شود.[۲] اینان ضمن رد استدلال گروه نخست مبنی بر اینکه بخشی از ثمن به ازای شرط داده می‌شود می‌گویند، شرط اساساً طرف معاوضه و مبادله نبوده و هیچ بخشی از ثمن به ازای شرط پرداخت نمی‌شود. بلکه تنها بین ثمن و مثمن عقد صورت می‌گیرد و بس. بله، ممکن است شرط در ازدیاد رغبت و جلب مشتری مؤثر باشد اما همانند جزء مبیع که بخشی از ثمن در برابر آن داده شود نخواهد بود.[۳]

به بیان دیگر، برخی معتقدند، اساساً ماهیت عقد و شرط ضمن آن چنین است که در مقام انشاء ارتباطی با یکدیگر نداشته و چون از یکدیگر مستقل بوده و به حسب اقتضای طبع، بطلان شرط سرایتی در عقد نخواهد داشت، لذا شرط فاسد، مفسد و مبطل عقد نیست. عقد با تمام هویت خود قبل از شرط با ایجاب بایع منعقد شده و در این ظرف تمام ثمن به ازای تمام مثمن هم در نظر گرفته می‌شود که جایی برای احتمال تقسیط ثمن در برابر مثمن و شرط باقی نمی‌ماند. مضافاً اینکه اگر قول به تقسیط هم پذیرفته شود مستلزم جهالت ثمن، در صورت فساد شرط هم نخواهد بود. چرا که ملاك علم به عوضین علم در

---

۱. شهیدین در لمعه و شرح آن چنین آورده‌اند: (و لو شرط غیر السائغ بطل) الشرط (و ابطل العقد) فی اصح القولین، لامتناع بقائه بدونه، لانه غیر مقصود بانفراده، و ما هو مقصود لم یُسلم و لان للشرط قسط من الثمن، فاذا بطل یجهل الثمن. شرح لمعه، ج ۳، پیشین، ص ۵۰۵ ـ همچنین میرزای قمی آورده است: «ان العقود تابعة للقصود و المقصود هو العقد مع الشرط لامنفردا و لا لابشرط فبطل المقصود لانتفاء جزئه و قصد الکل لایکفی فی قصد الجزء فاذا لم یکن الجزء مقصودا منفردا فلم یحصل له حکم...» ر.ك. کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ص ۱۹۱.
در میان این گروه که قائل هستند به‌طور مطلق هر شرط فاسدی مفسد هم هست فقهاء و محققین فراوانی نظیر، علامه حلی، محقق ثانی و بسیاری از متأخرین دیده می‌شوند ر.ك. سید حسن بجنوردی، **القواعد الفقهیه**، ج ۴، پیشین، ص۱۸۳. ضمناً مرحوم بجنوردی خود معتقدند چنانچه شرطی موجب اختلال در عقد یا در عوضین و یا در هر یك از ارکان معامله شود بی‌تردید نه تنها خود فاسد است بلکه مفسد عقد هم می‌باشد. همان ص ۱۸۵ و ۱۹۴.

۲. شیخ طوسی، قاضی، ابن سعید، صاحب ریاض و بسیاری از قدما و متأخرین از جمله طرفداران این نظریه هستند، سیدمیرزا حسن بجنوردی، **القواعدالفقهیه**، ج ۴، پیشین، ص ۱۸۳.

۳. میرزا حسن بجنوردی، پیشین، ص ۱۹۵ و ج۳، ص ۲۷۹.

حال عقد است که آن هم در زمان عقد با توجه به اینکه مبیع مشروط و ثمن، هر دو معلوم هستند، مشکلی ایجاد نخواهد کرد و علم به اینکه چه بخشی از ثمن در برابر چه قسمی از مبیع و اجزای آن واقع شده است لازم نیست.[۱]

گروه سوم از صاحب نظران برخلاف نظرات گروه اول و دوم راه میانه‌ای در پیش گرفته و به جای اینکه شرط فاسد را مطلقاً مفسد عقد دانسته و یا از مطلق شرط فاسد این خصوصیت را الغاء کنند، قائل به نظرات تفصیلی دیگری شده‌اند. ابن‌زهره معتقد است هرگاه فساد شرط به دلیل غیر مقدور بودنش باشد مفسد عقد هم هست برخلاف شرط فاسدی که فساد آن به دلیل مخالفت با کتاب و سنت یا مخالفت با مقتضای عقد است. ابن‌متوج بحرانی نیز می گوید هرگاه شرطی غیر عقلایی باشد فاسد بوده و مفسد عقد است و شروط دیگر هر چند فاسد باشند اما مفسد عقد نیستند.[۲] در میان این گروه نیز عده‌ای به‌نحو قاعده‌ای کلی گفته‌اند، هرگاه بطلان شرط سبب اختلال در رکنی از ارکان عقد شود، عقد را هم باطل می کند و الا مانع از نفوذ یا صحت عقد نخواهد بود.[۳] اینک که با نظرات کلی و عمومی فقهاء در خصوص شرط فاسد و اثر آن در عقد آشنا شدیم به پاره‌ای از شروط فاسد از جمله شروطی که در قرارداد اصلی مؤثرند به نحو خاص اشاره می کنیم.

گفتار سوم ـ اقسام شروط باطل و آثار آنها

بند اول ـ شرط غیر مقدور

بدیهی است که هدف اصلی هر تعهد یا التزامی هر چند ناشی از شرط، این است که موضوع آن جامه تحقق و لباس اجرا بپوشد. لذا چنانچه موضوع تعهدی قابل اجرا نباشد از

---

۱. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ج ۵، پیشین، ص ۲۴۳.

۲. میرزا حسن موسوی بجنوردی، ج ۴، پیشین، ص ۱۸۳.

۳. شیخ انصاری (ره)معتقد است در جایی که شرط مخل عقد است، بی تردید باید قائل به بطلان عقد شد و محل نزاع و اختلاف فقهاء در اینکه چه شرط فاسدی مفسد عقد هم هست جایی است که شرط مخل عقد نباشد. مکاسب، پیشین، ص ۲۸۷ ـ میرزا حسن موسوی بجنوردی، ج ۴، پیشین، ص. ۱۹۵ «و خلاصة الکلام ان العقد المشروط بالشرط الفاسد ان لم یوجب ذلك الشرط اختلالاً فی ارکان العقد یکون صحیحاً، غایة الامر مع ثبوت الخیار.»

منظر عقلاء و عرف امری عبث و بیهوده است. هر گاه انجام کاری بر عهده مشروط علیه شرط شود، توانایی انجام شرط از شرایط صحت و درستی آن شرط است (بند ۱ ماده ۲۳۲ ق. م.). بنابراین غیر مقدور بودن اجرای تعهد، اعم از اینکه موضوع آن انتقال مال معین یا انجام کار معین باشد، سبب می‌شود شرط به‌طور اساسی مخدوش و باطل گردد. توانایی اجرای شرط در موردی که «شرط فعل» مطرح است، مثل انتقال مال معین یا انجام کار معین، وضعیت روشن است و چنانچه متعهد به هیچ وجه قادر به انجام آن در موعد مقرر نباشد، شرط، غیر مقدور محسوب می‌شود و به همین دلیل باطل است.

اما در شرط نتیجه، چون به محض وقوع عقد نتیجه خود بخود حاصل است و نیازمند امر دیگری نیست و به بیان دیگر جایی برای گفتگو درباره اجرای شرط باقی نمی‌ماند، لذا آنچه در این قبیل شروط بر عهده متعهد قرار می گیرد و موضوع توافق طرفین واقع می‌شود، ایجاب اسباب نتیجه است که از این حیث در زمره افعال قرار گرفته[1] و طبیعی است که باید انجام آن مقدور و ممکن باشد.

در خصوص شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد، فرض قابل تصور در اینجا این است که، قبول تعهد به پرداخت خسارت، با کسی باشد که اهلیت لازم برای متعهد شدن را نداشته باشد. چنین شرطی (شرط غیر مقدور) مثل این است که به هیچ وجه قید نشده و در واقع طرفین عدم علاقه و یا عدم قصد جدی خود را به تحقق نتیجه بیان داشته‌اند.[2]

همچنین اگر مشروط علیه متعهد شود که در صورت تخلف از اجرای تعهد به ازای خسارت پیش‌بینی شده ملك یا کالای معینی را به متعهد له منتقل کند و سپس کشف شود که ملك یا کالای مزبور پیش از آن به دیگری فروخته یا منتقل شده است، در چنین صورتی چنانچه منتقل الیه حاضر نشود که ملك یا کالا را به مشروط علیه پس بدهد تا او به متعهد له بپردازد، شرط باطل است.

---

۱. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ص ۱۶۹.
۲. مصطفی عدل، **حقوق مدنی**، پیشین، ص ۱۴۱.

سخن اصلی در این است که آیا شرط غیر مقدوری که مطابق با نظر اتفاق صاحب نظران در فقه و حقوق باطل است، موجب بطلان عقد و قرارداد اصلی هم هست یا خیر؟ به بیان دیگر آیا اثر بطلان شرط به قرارداد اصلی هم سرایت می کند یا تأثیری در آن ندارد؟

در پاسخ به این سؤال، اگر چه قانون مدنی ایران در ماده ۲۳۲ قول به عدم تأثیر را پذیرفته است، اما چنانچه معیار ابطال و افساد عقد توسط شرط فاسد را اختلال شرط در رکنی از ارکان عقد بدانیم (که به نظر می‌رسد قول حقی هم هست) چرا نباید شرط غیر مقدوری که موجب غیر مقدور شدن مفاد قرارداد اصلی می‌شود و یا به گونه‌ای آن را غرری یا از نظر عقلاء لغو و باطل می گرداند و یا ممکن است در جدی بودن قصد خدشه و تردید ایجاد کند، مفسد عقد و مؤثر در آن دانست؟[1] وقتی که شرط منجر به قلب ماهیت عقد یا غیر اخلاقی شدن جهت عقد می‌شود و مهم تر اینکه عقد هم مبتنی بر چنین شرطی منعقد شده است، چرا نباید همانند تسری جهالت در عوضین، این قبیل عقود را هم باطل دانست؟ اینکه برخی گفته‌اند قانون مدنی با آوردن ماده ۲۴۰[2] خواسته است نتایج نامطلوب حاصله از عدم تأثیر شرط غیر مقدور یا نامشروع بر عقد اصلی را جبران کند، به نظر می‌رسد خارج از موضوع و مسئله است.[3] چرا که خیار فسخ در ماده ۲۴۰ برای شرط نامقدوری است که تأثیری در عقد اصلی ندارد و این حق را برای جلوگیری از ضرر ناروا به مشروط له مورد حکم قرار داده‌اند. چه بسا شروطی که عبث و بی‌فایده هستند و غرض عقلایی در آنها دیده

---

۱. حاج میرزا حبیب الله رشتی می گوید: علت اینکه شرط نامقدور سبب فساد عقد هم می‌شود، صوری بودن کلام و نداشتن قصد جدی طرفین است. کتاب الاجاره، پیشین، ص ۷۴ ـ سید حسن بجنوردی می گوید: عقد مشتمل بر شرط غیر مقدور اساساً غیر قابل وفاء است و هیچ یك از ادله وجوب وفاء به عقد و نیز ادله وجوب وفاء به شرط آن را لازم الوفاء نمی‌داند و شارع هم آن را امضاء و تأیید نخواهد کرد. در جای دیگر نیز آورده‌اند، شرط غیر مقدور همانند شرط غیر مشروعی است که عقد مبنیا بر آن منعقد شده باشد که شرط باطل و مبطل عقد هم هست. اضافه می کنند که چون الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً این دو نوع شروط (شرط غیر مقدور و شروط نامشروع) که عقد بر اساس آنها و مبتنی بر آنها منعقد شده باشد همانند یکدیگر بوده و مبطل عقد هم هستند. **القواعد الفقهیه**، ج۳، پیشین، ص۲۷۷ـ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۹۴.

۲. ماده ۲۴۰. ق. م. «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد».

۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۰۰.

نمی‌شوند اساساً موجب خیار نشوند[۱] و به تعبیری هیچ اثری بر آنها مترتب نشود تا حقوق درصدد جبران آن برآید.

اما محل اصلی بحث این است که وجود شرط موجب فساد عقد شود نه فساد شرط. در اینکه شرط غیر مقدور باید بی‌تردید فاسد تلقی شود و اثری بر آن مترتب نگردد جای گفتگو نیست. بلکه سخن در این است که وجود شرط غیر مقدور سبب می‌شود معامله و قرارداد اصلی لغو و بیهوده گردد نه اینکه فساد شرط سبب فساد عقد شود. به تعبیر دقیق‌تر، فساد شرط از قبیل واسطه در عروض فساد در عقد نیست بلکه از قبیل واسطه در ثبوت است.[۲] یعنی این طور نیست که اولاً و بالذات شرط فاسد باشد، ثانیاً و بالعرض موجب فساد عقد شود. خیر، بلکه به دلیل اختلال حاصله از وجود شرط در ارکان عقد، اولاً و بالذات خود عقد فاسد می‌شود و شرط تنها سبب چنین اختلالی در عقد می‌گردد.

بند دوم ـ شرط مجهول

اگر چه برخی از فقهاء به‌طور مطلق هر شرط مجهولی را به اعتبار اینکه از مصادیق معاملات غرری محسوب می‌شوند باطل دانسته و همچنین بین موردی که جهالت در شرط موجب جهالت در عوضین بشود یا نه، تفصیل قائل نشده‌اند.[۳] اما قانون مدنی ایران به پیروی از مشهور فقهاء بین این دو نوع شرط تفاوت گذاشته و شرط مجهولی را که جهالت در آن به عوضین قرارداد اصلی نیز سرایت کند مبطل عقد دانسته است. در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق. م. عبارت صریحی در خصوص باطل بودن شرط مجهول دیده نمی‌شود و این نیز سبب شده است تا این تصور به وجود آید که برای صحت شروط نیازی به شرایط مندرج در ماده ۹۰۱ نیست. لیکن همان گونه که سابقاً گفته شد، شرط مجهول اگر چه به صورت تعهد ضمنی

---

۱. مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) آورده است: ظاهر کلام جماعتی از فقهاء که قائل به افساد شرط فاسد هستند، چنین است که اگر شرطی لغو باشد مفسد عقد نیست. کمااینکه علامه در کتاب تذکره و در باب عیب گفته است: لو شرط مالاغرض فیه للعقلاء و لا یزید به المالیه فانه لغو لا یوجب الخیار. سپس با ذکر عبارتی از شهید در تأیید این مطلب مرجع عدم ثبوت خیار برای این قبیل شروط را لغویة و بیهوده بودن آنها دانسته است. مکاسب، پیشین، ص ۲۹۰.

۲. میرزا حسن موسوی بجنوردی، **القواعد الفقهیه**، ج ۴، پیشین، ص ۲۱۵.

۳. به نقل از سید مصطفی محقق داماد، **قواعد فقه، بخش مدنی ۲**، پیشین، ص ۵۲.

مطرح می گردد، اما از آن جهت که همانند سایر عقود مفاد آن مورد توافق و تراضی طرفین قرار گرفته و با قصد و رضای آنها ایجاد می‌شود، دارای اوصاف و خصوصیات عقود و معاملات بوده و لذا برای صحیح بودن نیازمند شرایط صحت معاملات می باشد.

بنابراین از جمله شرایط لازم برای صحت شرط ضمن عقد مجهول نبودن آن است. مثلاً هرگاه طرفین ضمن انعقاد قراردادی شرط کنند در صورت تخلف هر یك، دیگری مقداری از دارایی‌های متخلف را به نفع خود تصاحب کند. در این صورت اگر چه موضوع شرط مجهول است اما موجب سرایت آن به عوضین نمی‌شود. برخلاف شرط مجهولی که جهالت در آن به یکی از عوضین سرایت کند و در این صورت چون از جمله شرایط صحت معامله معلوم بودن عوضین است، لذا معامله باطل خواهد بود.[۱]

در هر حال آنچه از نظر ما مسلم است اینکه، شرط مجهول باطل است اما هر شرط مجهولی و لو باطل مؤثر در قرارداد اصلی نیست. بلکه تنها در جایی که جهالت ناشی از شرط موجب اختلال در ارکان عقد شود مثلاً سبب نامعلوم بودن عوضین گردد موجب بطلان عقد هم خواهد شد.

در خاتمه نظر به اینکه بنا نداریم در خصوص آثار و احکام شروط، از جمله شرط مجهول به تفصیل بحث کنیم، لذا از تطویل کلام خودداری می‌شود. تنها اشاره می کنیم که اولاً هر شرط فاسدی موجب فساد عقد نیست. ثانیاً شرطی مفسد است که موجب اختلال در ارکان عقد اصلی شود. ثالثاً شرط مجهولی که عقد مبتنی بر آن منعقد شده به گونه‌ای که موجب جهالت در عوضین و یا هر گونه اختلال در ارکان عقد شود مبطل عقد هم خواهد بود. رابعاً شرط مجهول هر چند جهالت آن ساری به عوضین از قرارداد اصلی باشد، چنانچه آن عقد یا قرارداد از جمله عقودی باشد که مبتنی بر مسامحه یا محابات بوده (همانند صلح) و علم اجمالی در آن کافی باشد مضر به حال عقد نخواهد بود. این امر در قانون مدنی و بویژه در بند ۲ ماده ۲۳۳ چنین آمده است: شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

---

۱. برای مطالعه بیشتر ر. ك. میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۳، پیشین، ص ۲۴۵ به بعد- امام خمینی(ره)، کتاب البیع، ج ۵، ص ۱۹۷ به بعد- سیدمصطفی محقق داماد، پیشین- ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۸۸.

۱ـ شرط خلاف مقتضای عقد ۲ـ شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

بند سوم ـ شرط خلاف مقتضای عقد

تکلیف شرط خلاف مقتضای عقد نیز تا حدودی در قانون مدنی ایران روشن است. در ماده ۲۳۳ که سابقاً در بحث شرط مجهول یادآور شدیم از جمله آورده شده است که شرط خلاف مقتضای عقد علاوه بر اینکه خود باطل است، مبطل عقد هم می‌باشد. اما حکم شرط مخالف مقتضای عقد را نمی‌توان به همین سادگی اعلام کرد و از کنار آن گذشت. این شرط نیز همانند شرط مجهول و غیره در میان فقهاء و حقوقدانان از سابقه و دامنه نزاع فراوانی برخوردار است.[1] اینکه خلاف مقتضای عقد چیست و یا مخالفت با اطلاق عقد یا مخالفت شرط با جمیع آثار عقد یا اثر مهم و ظاهر عقد چه حکمی دارد، از جمله مباحث فراوانی را به خود اختصاص داده است. همچنین مخالفت با برخی از آثار عرفیه و یا شرعیه چگونه است نیز از دیگر مسائل این مقوله است. لیکن نظر به اینکه طرح و پردازش کلیه این مسائل و مباحث از حوصله و حیطه این کتاب خارج است، لذا با صرف نظر از آنها تنها به چند نکته کوتاه اشاره می کنیم.

نکته اول اینکه، بطلان شرط به خودی خود موجب بطلان عقد نمی‌شود مگر اینکه در رکنی از ارکان عقد ایجاد اختلال نماید. بنابراین به محض مشاهده شرطی که ظاهراً با مقتضای عقد منافات دارد نباید حکم به بطلان شرط و یا مهم‌تر اینکه حکم به بطلان عقد نمود. بلکه تا آنجا که ممکن است باید دادرس به حکم اصل صحت بین شرط و عقد به گونه‌ای جمع نماید که قابل تطبیق با یکی از نهادهای مشروع و قانونی دیگر باشد. به بیان دیگر از آنجا که معمولاً عقلاء عقدی را اراده نمی کنند که بلافاصله با شرط ضمن آن تمامی خواسته‌های مشترك خود را نادیده گرفته و از بین ببرند، لذا دادرس باید با مطالعه دقیق اراده و خواست مشترك طرفین به عقد و شرط ضمن آن تا جایی که ممکن است نفوذ حقوقی

---

۱. شیخ مرتضی انصاری(ره)، پیشین، ص ۲۸۱ ـ میرزا حسن موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۲۳۴ به بعد ـ امام خمینی(ره)، پیشین، ص ۱۸۴ به بعد ـ سید مصطفی محقق داماد، پیشین ـ ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، پیشین، ص ۳۰۸.

ببخشد.

نکته دوم اینکه، مغز اصلی و جان کلام در شرط مخالف مقتضای عقد این است که، عقد مشتمل بر شرطی است که با تدقیق و تأمل عمیق نهایتاً به این باور منتهی می‌شویم که بین مدلول عقد و مفاد شرط تناقض دیده می‌شود. خواه این تناقض صریح و آشکار باشد خواه به نحو التزامی. به بیان دیگر شرطی که مخالف مقتضای عقد محسوب می‌شود باید انشاء مدلول آن مستلزم عدم قصد انشاء مدلول عقد باشد.[1]

نکته سوم اینکه، همان گونه که اشاره شد، اثر شرط مخالف مقتضای عقد ابطال قرارداد و عقدی است که چنین شرطی در ضمن آن گنجانده می‌شود. اگر چه به دلیل بدیع بودن شرط تعیین قراردادی خسارت در تألیفات و آثار حقوقی کمتر مشاهده می‌شود که چنین شرطی به خاطر مخالفت با مقتضای عقد مورد بحث قرار گرفته باشد و نهایتاً اظهار نظری کرده باشند، اما در عین حال می‌توان به‌عنوان مثال گفت: هرگاه طرفین توافق کنند که تخلف از اجرای تعهد و قرارداد بلامانع است و خسارات حاصله نیز اگر چه معلوم است اما نادیده گرفته شود، چنین به نظر می‌رسد شرط مزبور خلاف مقتضای عقد باشد. زیرا هر عقدی مقتضی تحقق و حصول اثری است که طرفین قصد آن دارند. حال چنانچه پس از انعقاد عقد، طرفین عدم تحقق عقد و عدم ترتب اثر بر آن را ـ به بیان دیگر عدم اجرای آن را ـ شرط کنند، به منزله این است که عقد را منتفی کرده‌اند. در چنین حالتی، در واقع التزام ناشی از شرط منافی التزام ناشی از عقد خواهد بود.[2]

بند چهارم ـ شرط نامشروع

متقدمین از فقهاء، اغلب بنا به روایاتی که در این باب وارد شده‌اند، شروط نامشروع را باطل می‌دانستند. در روایات مذکور نیز اساساً لزوم وفای به شرط منوط به عدم مخالفت با

---

۱. میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، پیشین، ص ۲۱۴.

۲. مهدی شهیدی، پیشین، ص ۴۲ ـ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۴ ـ محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، واژه شرط جزایی، ش ۳۰۵۸.

C.J.S., Op. Cit. P. 1088.

کتاب‌الله دیده می‌شود.[۱] برخی از فقهای امامیه نیز با استناد به همین روایات تأسیس قاعده نموده و اصولاً هر شرط مخالف کتاب یا سنت را ـ که ارکان و پایه‌های شرع بر روی آن دو بنا شده است ـ باطل دانسته‌اند. شرط غیر مشروع یا به تعبیر دیگر شرط مخالف کتاب و سنت، شرطی است حرام که حرمت آن مانع از نفوذ شرط می گردد. شرط نامشروع اعم از اینکه خود فعل حرام باشد، یا مثل اینکه ضمن عقد برای یکی از طرفین قتل انسان محترمی شرط شود و یا مستلزم تغییر حکم الهی گردد. مثلاً عملی که حلال است حرام و یا حرامی را حلال کنند، در تمام این موارد شرط باطل است. از میان فقهای امامیه فقیهی دیده نمی‌شود که شرط خلاف کتاب و سنت و به اصطلاح شرط نامشروع را جایز بداند.[۲] برخی از فقهای عامه نیز شرطی که خلاف شرع یا عرف باشد باطل دانسته‌اند.[۳]

قانون مدنی ایران نیز به پیروی از مشهور فقهای امامیه شرط نامشروع را باطل و غیر صحیح دانسته است (ق. م. بند ۳ ماده ۲۳۲). اما تکلیف شرط نامشروع نه در مقررات و نه در نظر فقهاء به همین جا ختم نمی‌شود. بلکه شرط نامشروع به‌عنوان مصداقی از تعهدات نامشروع، دامنه‌ای وسیع تر دارد. اولاً تعهد نامشروع اعم است از اینکه به وسیله قانون منع شده باشد (مثل تعهد به انجام فعلی که از نظر قانون جنایت علیه بشریت یا انسان و غیره می‌باشد)، یا مخالف اخلاق و نظم عمومی باشد (مثلاً در ماده ۹۷۵ ق. م. آمده است: محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد، اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد).

---

۱. «...والمسلمون عند شروطهم الاكل شرط خالف كتاب الله عزوجل فلايجوز» شیخ محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، (باب ۶، از ابواب خیار) چاپ چهارم، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۳۹۱هـ.ق.

۲. محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد چنین آورده است: «و الضابط، ان كل ماينافي المشروع، اويؤدي الى جهالة الثمن او المثمن فانه بطل، و الا قوى بطلان البيع ايضا». جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۱۵ ـ شیخ مرتضی انصاری نیز در باب وفای به شرط صریحاً اعلام می کند شرطی که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام کند لازم الوفاء نیست. «فان المسلمين عند شروطهم الا كل شرط حرم حلالا او احل حراما». مکاسب، پیشین، ص ۲۷۷.

۳. جزیری از فقهای حنفی چنین نقل کرده است: «ان الشرط الفاسد، هو ما كان شرطا لا يقتضيه العقد و لايلائمه و لم يرد به الشرع و لا العرف و... » عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، چاپ هفتم، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ هـ. ق. ص ۲۷۷.

بنابراین شرطی که مخالف قانون یا اخلاق و نظم عمومی باشد قابل اجرا نیست و باطل شناخته می‌شود. خواه موضوع شرط انجام فعل باشد خواه ترك فعل.

ثانیاً نکته‌ای که به مناسبت محل بحث حاضر قابل توجه است اینکه، شرط نامشروع ضمن عقد ممکن است به دو صورت مؤثر و غیر مؤثر ظاهر شود. شرط نامشروع غیر مؤثر، شرطی است که تنها خود به دلیل نامشروع بودن باطل است بدون اینکه غیر مشروع بودن آن تأثیری در عقد اصلی داشته باشد و این قبیل شروط که اغلب اهداف غیر اخلاقی یا غیر انسانی را تعقیب می کنند مجرد از تعهد اصلی تلقی شده و قانونگذار نیز آنها را به طور مستقل باطل می‌داند. اما دسته‌ای از شروط نامشروع هستند که سبب نامشروع شدن جهت یا موضوع عقد اصلی می‌شوند. مثلاً شخصی ملکی را به دیگری اجاره می‌دهد به شرطی که مستأجر از آن ملك برای اشاعه فحشاء و ترویج منکرات استفاده کند. یا کسی چوب و گچ و امثال آنها را به دیگری بفروشد به شرطی که خریدار از آنها بت بتراشد و یا صلیب درست کند.[1] از آنجا که جهت این قبیل معاملات نامشروع است و شارع چنین منافعی را از درجه اعتبار ساقط کرده است، لذا چنانچه منافع حاصله از کالا در عقد بیع منحصر در آنها شود، عقد اصلی نیز باطل می گردد.

با ذکر مقدمه‌ای که گذشت، چنین به نظر می‌رسد که شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد، تنها به صورت شروط نامشروع و از نوع دسته نخست قابل تصور باشد و ظاهراً شرط خسارتی که سبب نامشروع شدن عقد اصلی گردد دیده نمی‌شود. برای مثال کشاورزی انگور موجود در باغ خود را قبل از برداشت به دیگری بفروشد و ضمن عقد با خریدار شرط کند که در اثر تأخیر در برداشت و یا از بین رفتن بوته‌های انگور و هر خسارت دیگر مقدار معینی از انگور خریداری شده را به طور مجانی برای او به شراب تبدیل کند. چون عمل تبدیل انگور به شراب مستلزم هزینه‌ای است که بابت خسارت وارده وبه صورت شرط در نظر گرفته می‌شود، نامشروع است، لذا از نظر قانونگذار شرط

---

۱. شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۲۸۷ - میرزا حسن موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۲۱۴ و ج ۳، ص ۲۲۷ - ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ص ۱۹۵.

مزبور باطل بوده و پرداخت خسارت هم تابع قواعد مربوط به خود می‌باشد. از سوی دیگر با توجه به مواد ۱۹۰ و ۲۱۵ ق. م. ایران، فرقی بین موضوع و جهت معامله یا تعهدی که در ضمن شرط ایجاد می‌شود نیست. خواه موضوع شرط خسارت تعیین شده نامشروع باشد خواه جهت آن. اما همان گونه که گفته شد موارد روشنی در خصوص تأثیر شرط خسارت تعیین شده نامشروع که سبب نامشروع شدن عقد اصلی نیز بشود کمتر مشاهده می‌شود.

بدین ترتیب آنچه درباره شروط گفته شد، بطلان شرط لزوماً موجب فساد قرارداد اصلی نخواهد شد مگر اینکه رکنی از ارکان آن را مختل سازد. در خصوص تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد نیز به دلیل اینکه از جمله شروط ضمن عقد محسوب می‌شود، باید گفت چنانچه این شرط هم همانند چهار شرطی که در این گفتار مورد بحث قرار گرفتند، سبب شود عقد و قرارداد اصلی نیز غیر مقدور، مجهول یا غیر مشروع گردد و یا شرط مزبور خلاف مقتضای عقد اصلی (با اوصافی که گفته شد) باشد، طبعاً موجب بطلان عقد اصلی هم خواهد بود.

گفتار چهارم ـ آثار شروط باطل در حقوق کامن لا

بررسی سوابق تاریخی در حقوق کامن‌لا بویژه حقوق انگلیس نشان می‌دهد که در گذشته، نظریه غالب چنین بوده است که هر گاه با تعهد و قراردادی، تعهد تبعی یا شرط ضمن عقدی که باطل محسوب می‌شده (همانند شرط غیر قانونی) همراه می‌گردیده است، نباید به بهانه آن کل تعهد و قرارداد اصلی را هم باطل دانست. بلکه فرض چنین بود که در صورت همراه بودن شروطی مثل شروط غیر قانونی دادگاه حق نداشت کلیه تعهدات اصلی را نیز به بهانه آنها باطل اعلام کند. بر این اساس اصل تجزیه‌پذیر بودن شروط باطل از قراردادهای اصلی که تعبیر دیگری از اصل عدم تأثیر پذیری قرارداد اصلی از شرط باطل محسوب می‌شود، در حقوق انگلیس نیز از سابقه طولانی برخوردار است.[1] تا آنجا که

1. Treitel, Op.Cit, P461 - Murray on Conracts, Op.Cit, P.516.

قاعده معروف مداد آبی[1] در حقوق انگلیس در زمینه تجزیه قرارداد یا بطلان جزیی قرارداد، مبنایی مهم شمرده می‌شود.[2]

البته ناگفته نماند که در این پیشینه دو نوع تعهد از یکدیگر باز شناخته می‌شدند:

الف: تعهدات یا در اینجا به اصطلاح شروطی که مخالف قواعد کامن‌لا بوده و بر اساس قاعده مداد آبی یا در واقع اصل تجزیه‌پذیر بودن تعهدات[3]، قابل حذف از تعهدات اصلی بودند. یعنی دادگاه می‌توانست به نیش قلم و بدون اینکه ساختار اصلی تراضی و توافق طرفین فروریزد، آن شرط غیرمشروع[4] را جدا سازد.

ب: تعهدات و شروطی که برخلاف قوانین موضوعه و مصوبات مجلس بوده و اینها موجب باطل شدن کل تعهد و تمامی عمل حقوقی همراه با آن می‌شدند.

اما پس از مدتی این تفکیک دچار تحولی شد که به‌رغم باقیماندن بر اصول اساسی خود سبب شد امتیاز بین قواعد کامن‌لا و قوانین مصوب از بین برود. قاضی Willes.J در سال ۱۸۶۸ در پرونده Pickering V. Ilfra Combe Railway Co. چنین اظهار نظر نمود: به‌عنوان یك قاعده کلی باید گفت، چنانچه در قراردادی نتوان شرط نامشروع را از بخشهای درست آن جدا کرد، تمام قرارداد باطل خواهد بود. اما در صورتی که این امر ممکن باشد باید بخش نادرست را جدا ساخته و بقیه را حفظ کرد، خواه نامشروع بودن ناشی از قانون مصوب باشد، خواه به دلیل مخالفت با قواعد کامن‌لا.[5]

در هر حال اصل تجزیه شروط نامشروع از قرارداد اصلی یا اصل عدم تأثیر شرط در قرارداد اگر چه دچار تحولاتی شده است اما اینك مبنای بسیاری از آرا و نظرات قضات و حقوقدانان حقوق کامن‌لا بر این اصل استوار گشته است. برای مثال فرض کنید A متعهد

---

1. Blue Pencil Rule.
2. Ibid.
3. Severance of Promises.
4. Illegal.
5. The general rule is that where you can not save the illegal from the legal part of a covenant, the contract is altogether void, but where you can sever them, whether the illegality be created by statute or by the common Law, you may reject the bad part and retain the good: (Anson, Op. Cit, P 331).

می‌شود به ازای شخم زدن زمین یا باغچه‌اش ۵۰ پوند به B بپردازد. همچنین شرط می کنند که ۵۰ پوند دیگر در قبال کشتن همسرش بپردازد. یا شرکتی به‌عنوان مستمری و حقوق هر ماهه مبلغ ۵۰۰ پوند بپردازد و شخص هم مغازه (پارچه فروشی) خود را به شرکت منتقل نماید. به‌علاوه شرط می کنند که شخص نباید تا آخر عمرش با آنها رقابت کند. در گذشته این دو شرط اخیر در قراردادهای مذکور به دلیل نامشروع بودن نه تنها خود باطل و غیر قانونی محسوب می‌شدند، بلکه سبب بطلان کل قرارداد هم می گردیدند.[1] اما دیری نپایید که تغییرات اساسی در این آرا و نظرات صورت گرفت. یکی از نویسندگان معروف انگلیسی می گوید:[2] هر گاه در قراردادی تنها بخشی از آن نامشروع باشد، دو سؤال اساسی مطرح می گردد. سؤال نخست اینکه، آیا چنانچه یك تعهدی خودش قانونی باشد اما بخشی از عوض آن نامشروع باشد قابل اجرا است یا خیر؟ سؤال دوم اینکه، اگر تعهدی خود قانونی باشد اما همراه با آن تعهد (شرط) نامشروعی ممزوج شود (به صورت شرط ضمن عقد) چه باید کرد؟

سپس می افزاید: چنانچه تعهدی که عوض آن تماماً یا بخش اصلی اش نامشروع است قابل اجرا نبوده و کل تعهد باطل است. نظیر آنچه در پرونده Lound V. Grimwade اتفاق افتاد.

اما هر گاه دو تعهد از سوی یك طرف قرارداد به گونه‌ای باشد که یکی قانونی و دیگری نامشروع باشد دادگاه می تواند بخش نامشروع (تعهد یا شرط نامشروع) را حذف و بخش دیگر را معتبر تلقی کند. البته این امر تجزیه و جداسازی بخش نامشروع از بخش معتبر نیز با سه شرط ممکن و مجاز است. شرط اول اینکه اساساً تعهد (شرط) باید به گونه‌ای باشد که قابل جدا شدن و تفکیك از قرارداد اصلی باشد.

مثلاً شروط و تعهداتی که بسیار غیر اخلاقی و پلید باشند قابل جدا شدن نیستند. این سخن اگر چه به ظاهر درست است اما در صورتی که به قصد مجرمانه صورت نگرفته باشد چرا نباید قابل تجزیه محسوب شود. نظیر موارد فوق معاملاتی هستند که با دشمن انجام

1. Anson, Op. Cit, P.332.

2. Treitel, Op.Cit, PP. 459- 463.

می‌شود یا در تعهدات به صورتی رفتار می‌شود که نسبت به مسئله مالیات رفتار فریبکارانه‌ای صورت می‌دهند.

شرط دوم اینکه دادگاه باید قاعده مداد آبی را رعایت کند. یعنی دادگاه باید به نیش قلم الفاظ و عبارات حواشی قرارداد (مثل شروط) را به گونه‌ای جدا سازد و حذف نماید که پیکره اصلی عقد و قرارداد درهم فرو نریزد. و بالاخره، شرط سوم اینکه دادگاه نباید به گونه‌ای اقدام به اصلاح قرارداد و تعهدات منعقد شده کند که چیزی را جایگزین قرارداد فیمابین طرفین سازد. به تعبیر دیگر نباید به بهانه تغییر و اصلاح، ماهیت اصلی قرارداد را عوض نماید.[1]

بدین ترتیب روند تحولات به عمل آمده سبب شد که اصل تجزیه‌پذیر بودن تعهدات از شروط همراه با آنها مسلم گردد. لیکن در چگونگی و شرایط آن نکات مهم و قابل توجهی مطرح است.

نکته اول: در مسیر تحولات به عمل آمده تفاوت بین شرط مخالف با قانون و شرط مخالف با قواعد کامن لا از بین رفت و همان طوری که قبلاً گفته شد در خصوص تأثیر یا عدم تأثیر شرط نامشروع در قرارداد اصلی و یا به تعبیر مصطلح در امر جداسازی شرط نامشروع از قرارداد اصلی فرقی بین اینکه نامشروع بودن شرط به دلیل مخالفت با قانون است یا قواعد کامن لا، وجود ندارد.

نکته دوم: تجزیه و جِداسازی بخش نامشروع از بخشهای درست نباید منجر به تغییر ماهیت تعهدات فیمابین گردد. یعنی دادگاه نباید به گونه‌ای اقدام به اصلاح کند که عمل به مثابه دوباره نویسی قرارداد باشد.

نکته سوم: باید بین شروطی که نامشروع هستند با شروطی که باطل می‌باشند[2] تمایز قائل شد در حقوق کامن لا از حیث تأثیر این دو نوع شروط بر تعهد اصلی تفاوت مهمی به چشم می‌خورد. یعنی در صورتی که شرط ضمن عقد باطل باشد، با فرض صحیح بودن سایر شرایط، دادگاه می‌تواند بخش باطل را از قرارداد اصلی جدا سازد و این قبیل

---

1. Ibid.
2. Conditions whish are Strictly Illegal, and, conditions which are Merely Void.

شروط باعث فساد عقد نشده هر چند خود فاسد و قابل حذف می‌باشند. نظیر آنچه قاضی Denning L.J در پرونده Bennett V. Bennett اظهار نظر کرده است.[۱] اما شرط نامشروع، شرطی است که به قدری زشتی و پلیدی ناشی از آن در قرارداد جلوه گر و مطرح است که دادگاه به دلیل مخالفت آن با نظم عمومی به خود اجازه نمی‌دهد کمترین اعتبار و ارزشی برای آن قائل شود. بلکه ناگزیر است تمام قرارداد و شرط ضمن آن را ابطال کند. برای مثال هر گاه قراردادی مشتمل بر شرط آدم کشی، دزدی، تقلب (فریبکاری) مالیاتی یا هر عمل خلاف اخلاق حسنه باشد، چنان عقد را فاسد می‌نماید که دادگاه اجازه جداسازی و تجزیه عقد و شرط را به خود نمی‌دهد.

کما اینکه دادگاه در پرونده Napier V.National Business Agency, Lt.d به دلیل وجود شرط مشتمل بر امری که مستلزم فرار از مالیات بر درآمد بوده است، در قرارداد استخدام، کل قرارداد را با ادعای مخالفت با نظم عمومی، باطل اعلام کرد.[۲] همچنین نظیر همین پرونده در دعوای Kuenigl V.Donnersmark نیز قاضی McNair J. به دلیل اینکه بخشی از قرارداد مرتبط با دشمن بیگانه بوده است، از تجزیه قرارداد اجتناب نموده و کل قرارداد را باطل اعلام می‌کند.[۳]

نکته چهارم: اگر چه شروط نامشروع یا باطل در حقوق کامن لا به طور شفاف و مشخص مورد بحث و مطالعه قرار نگرفته است لیکن به نظر می‌رسد شرط مخالف نظم عمومی یا شرط مخالف با اخلاق حسنه از جمله شروطی هستند که در اغلب موارد موجب فساد عقد شده و استثنایی بر اصل تجزیه کردن شرط فاسد از قرارداد اصلی محسوب می‌شوند.[۴]

---

1. Ibid - Treitel, Op. Cit, P. 462.

۲. در این قرارداد استخدامی، طرفین توافق می‌کنند به ازای هر هفته کار ۱۳ پوند از سوی کارفرما به مستخدم پرداخت شود. همچنین شرط می‌کنند که بابت مخارج نیز هر هفته ۶ پوند هم پرداخت شود. در حالی که هزینه‌های مستخدم هیچ گاه این مقدار نمی‌شده است. لذا معلوم است چنین شرطی صرفاً برای فرار از مالیات بردرآمد در نظر گرفته شده است. بنابراین دادگاه با تشخیص اینکه شرط مزبور مغایر با نظم عمومی است تمامی قرارداد را باطل اعلام می‌کند.

3. Anson, Op. Cit, P. 333.

4. Anson, Op.Cit. P. 289-92 - Treitel, Op.Cit. P.435 - Murray on Contracts Op. Cit. P. 508.

نکته پنجم اینکه، اساساً مسئله شروط و موضوع تأثیر آن بر عقد اصلی در حقوق انگلیس و آمریکا با حقوق ایران تفاوت چشم گیری داشته و برخلاف آنچه در حقوق ایران و فقه امامیه راجع به شروط مطرح است در حقوق کامن‌لا کمتر مورد بحث قرار گرفته است.

بنابراین در خاتمه این فراز به طور خلاصه گفته می‌شود، شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد یا با توجه به شرایط مربوط به صحت معاملات و تعهدات باطل است یا صحیح.

شرط باطل نیز یا تنها خود باطل است و یا علاوه بر بطلان خود، موجب بطلان عقد اصلی هم می‌شود. نظر به اینکه در گفتار حاضر تصمیم نداریم مباحث مربوط به شروط اعم از صحیح و باطل و اوصاف و تبعات آنها را به تفصیل مورد بحث قرار دهیم، بلکه با توجه به تناسب بحث تنها به آثار شرطی همانند شرط تعیین قراردادی خسارت می‌پردازیم، لذا معتقدیم، اثر شرط صحیح تعیین قراردادی خسارت در مقام اجرا و در ضمن مباحث مربوط به مقایسه شرط مذکور با قواعد عمومی اجرای تعهدات و جبران خسارات ناشی از تخلف باید مورد بحث قرار گیرد. شرط باطل تعیین قراردادی خسارت هم چنانچه مؤثر در عقد و قرارداد اصلی باشد به نظر ما در چهار صورتی که برشمردیم قابل تصور است و طبعاً اثر چنین شروطی ابطال و افساد قرارداد اصلی است که به تفصیل مورد بحث قرار گرفتند. اما شرط باطل تعیین قراردادی خسارت در صورتی که موجب اختلال در رکنی از ارکان عقد اصلی نشود مهم‌ترین اثری که از خود به جا می‌گذارد، اثر حق فسخ برای مشروط له است. البته ناگفته نماند که این اثر را هم نمی‌توان به قاطع برای تمامی شروط باطل مفروض و مسلم دانست و به‌عنوان مثال قبول اثر فسخ و به تعبیر دیگر پذیرش حقی که التزام ناشی از یك تعهد موثق را صرفاً به دلیل به همراه داشتن شرطی که هیچ فایده و غرض عقلایی ندارد مرتفع سازد چندان منطقی به نظر نمی‌رسد. در حالی که پذیرش اثر حق فسخ به دلیل نامقدور شدن شرط و یا غیر مشروع بودن آن امری است که بر یك منطق عقلایی استوار است. خیار فسخ و اعطای حق به هم زدن عقد به تبع نامقدور شدن شرط ضمن آن، که توأمان نیز مورد اراده مشترك قرار گرفته‌اند، حقی است که به منظور جلوگیری از ضرر ناروا و لااقل هدف ناخواسته در نظر گرفته می‌شود. قبح تبعیض‌آمیز بودن قراردادها و نیز وجود

قواعدی همانند لاضرر، حکم می کند که از امر ضرری جلوگیری شود. بنابراین عدم اعطای حق فسخ به مشروط له و الزام او به تعهد و اجرای مفاد عقد، بدون در نظر گرفتن بخشی از خواسته بحق او که در ضمن شرط اراده کرده است، امری قبیح و نارواست.[۱] به خلاف شرطی که هیچ غرض و هدف عقلایی برای آن فرض نمی‌شود. حذف و نادیده گرفتن شرط لغو و بی‌فایده در نزد عقلاء مستلزم ضرر و خسارت ناروایی نخواهد بود تا سبب شود از یك پیمان موثق و مستحکم فیمابین طرفین صرف نظر گردد. این قبیل شروط در نزد عقلاء معدوم فرض می‌شوند. به بیان دیگر حقی برای مشروط له به تبع درج شرط بیهوده و لغو ایجاد نمی گردد تا با حذف آن حق دیگری جایگزین شود.[۲] البته ناگفته نماند که این قبیل مسائل اساساً باید از منظر شخصی نگریسته شود. یعنی اگر چه ممکن است شرطی در نزد نوع عقلاء بی‌فایده باشد، اما چه بسا برای شخص خاصی همان شرط دارای نفع و فایده باشد، به گونه‌ای که هر یك از همان عقلاء در صورتی که به جای مشروط له می‌بودند اقدام به اندراج آن شرط می کردند. بنابراین به طور اصولی حذف شرط بی‌فایده و عبث نباید موجب حق فسخ برای مشروط له گردد. هر چند که از نظر برخی از محققین[۳] چنین فرض می‌شود که مشروط له به مفاد و مضمون عقدی رضایت داده است که مقید به چنین شرطی است و حذف آن به هر تقدیر خدشه در رضایت مشروط له تلقی می شود.

مبحث دوم ـ مسئولیت ناشی از شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

پیش از این گفتیم که دسته‌ای از آثار شروط ضمن عقد از جمله تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد آثاری هستند که بر ذمه متعاهدین تعلق گرفته و با موضوع اجرای قرارداد ملازمه دارند. مجدداً لازم به یادآوری است که شرط ضمن عقد ممکن

---

۱. شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۲۷۷.

۲. همان، ص ۲۹۰.

۳. میرزای نائینی، منیة‌الطالب، ج ۳، پیشین، ص ۱۳۶ ـ میرزا حسن موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۲۱۳.

است باطل باشد یا صحیح.

شرط باطل نیز یا تنها باطل است، یا علاوه بر آن مبطل عقد و قرارداد اصلی هم هست. از سوی دیگر کلیه شروط اعم از باطل و صحیح به محض اندراج در ضمن عقد، دو دسته اثر را به‌دنبال خود خواهند داشت،

الف: آثار ناشی از انعقاد خود شرط به‌عنوان یك تعهد مستقل

ب: آثار ناشی از شرط در قرارداد اصلی به‌عنوان یك تعهد تبعی

در خصوص آثار دسته اول که علی القاعده مترتب بر شرط صحیح می‌باشند در گفتار نخست از همین فصل به تفصیل سخن گفتیم. اما در خصوص آثار دسته دوم قائل به تفکیك شدیم و در گفتار پیشین این دسته از آثار ناشی از شروط باطل را مورد مطالعه قرار دادیم. بنابراین تنها بخشی از آثار دسته دوم که ناشی از شروط صحیح هستند باقی می‌ماند. بدین ترتیب آنچه لازم است اینکه آثار شرط صحیح به‌عنوان یك تعهد، ولی از آن جهت که در ضمن یك تعهد اصلی دیگر قرار گرفته است، مورد مطالعه و تحقیق قرار گیرد.

به‌عنوان مقدمه یادآوری این نکته لازم است که نخستین اثر شرط تعیین قراردادی خسارت به‌عنوان یك تعهد، اثر اجبار کنندگی و الزام‌آور بودن مفاد آن شرط است، خواه شرط تعیین قراردادی خسارت را در مقام تحلیل به دو شرط نتیجه و شرط فعل قابل تحلیل بدانیم و خواه اساساً چنین شرطی را تنها به مثابه شرط فعل تلقی کنیم. آنچه مسلم است اینکه، اثر شرط تعیین قراردادی خسارت، لزوم اجرای مفاد آن است که مشروط علیه در صورت تخلف قطعاً ملزم به اجرای آن می‌باشد. ادله لزوم و اعتبار این شرط هم در فصول قبل تفصیلاً مورد بحث قرار گرفته‌اند.

اما همان طوری که می‌دانیم تحلیل و بررسی مسئله اجرای شرط به‌عنوان یك تعهد مستقل، چندان محل نزاع و اختلاف نیست. بلکه این مسئله از آن جهت حایز اهمیت است که تعهد ناشی از شرط ضمن عقد ممکن است با تعهدات و یا تبعات ناشی از عقد و قرارداد اصلی تعارض یا تفاوتهایی داشته باشد که از این حیث قابل بحث و بررسی جدی است. لذا با توجه به این مهم باید روشن کنیم که چنانچه شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد در صورتی که صحیحاً منعقد شده و دارای تمامی شرایط لازم برای صحت

شروط و قراردادها باشد مستلزم چه آثار و تبعاتی است و در مقام اجرای شرط و قرارداد اصلی چه باید کرد؟ بخوبی روشن است که مسئولیتهای ناشی از قرارداد اصلی ممکن است با مسئولیتهای ناشی از شرط تفاوت اساسی داشته و حتی در برخی از موارد قبول و اجرای مسئولیتهای ناشی از یکی با دیگری مغایرت و منافات داشته باشد. اینك برای روشن شدن مسئله و مطالعه موضوع اجرای تعهد ناشی از شرط، به‌عنوان یك مسئولیت، لازم است ابتدا ضمن مقایسه بین مسئولیتهای ناشی از شرط و قرارداد اصلی و بررسی نسبت و رابطه بین آنها، آنگاه کیفیت اجرای شرط و مطالبه خسارت را تعقیب نماییم.

گفتار اول ـ تحلیل و ارزیابی مسئولیت ناشی از تعهد اصلی و مسئولیت ناشی از شرط ضمن آن

قبل از پرداختن به موضوع اصلی این فراز، لازم است به مختصری از انواع مسئولیتها از جمله مسئولیت مدنی و قراردادی و نظایر آن اشاره کنیم. سپس با بررسی ماهیت و نوع مسئولیت ناشی از قرارداد یا تعهد اصلی و مسئولیت ناشی از شرط ضمن عقد که در اینجا شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد است، سرانجام با توجه به تحلیل به عمل آمده رابطه بین آنها را مورد مطالعه قرار دهیم. مسئولیت به تکلیفی گفته می‌شود که شخص در برابر دیگری پیدا می‌کند. مسئول نیز شخصی است که مرتکب خطایی شده و باید مکافات خطای خود و یا خسارات ناشی از آن را تحمل نماید. در نخستین تقسیم بندی کلی برای مسئولیت می‌توان گفت مسئولیت دو نوع است:[1]

الف: مسئولیت اخلاقی

ب: مسئولیت حقوقی

مسئولیت اخلاقی بدین معناست که شخص به دلیل رفتاری که انجام داده است در برابر وجدان خود احساس شرمساری نموده و خود را پاسخگوی وجدان خویش می‌داند.

---

۱. میشل لوراسا، مسئولیت مدنی، (۱۹۹۳)، ترجمه محمد اشتری، تهران، مؤسسه مطالعات حقوق اسلامی و تطبیقی، ۱۳۵۹، ص ۱.

این مسئولیت جنبه درونی داشته و نکته مهم اینکه مفهوم این مسئولیت هیچ گاه از تقصیر جدا نیست.[۱]

مسئولیت حقوقی عبارت از این است که شخص به خاطر اعمال ارتکابی در برابر دیگری پاسخگو است. این مسئولیت بر خلاف مسئولیت اخلاقی مستلزم ظهور خارجی اندیشه بوده که ممکن است در شکل انجام فعل یا عدم انجام کاری تجلی نماید. علاوه بر آن در مسئولیت حقوقی ایراد ضرر و زیان که ناشی از رفتار شخص مسئول باشد نیز لازم است.

می توان گفت مسئولیت حقوقی که در برابر مسئولیت اخلاقی قرار دارد به نوبه خود دارای دو قسم متمایز از هم می‌باشد:

الف: مسئولیت مدنی[۲]

ب: مسئولیت کیفری[۳]

در هر دو نوع از مسئولیت مدنی و کیفری عنصر فعل یا ترك فعل که موجب ضرر به دیگری است لازم است. اما در مسئولیت مدنی ضرر متوجه یك شخص خصوصی است، در حالی که در مسئولیت کیفری متوجه جامعه است و چون جامعه مخالفت با نظم عمومی را تحمل نمی کند متجاوز را به کیفر می‌رساند. نکته مهم تر اینکه منبع مسئولیت کیفری، قانونی است که عمل زیان بار و مجرمانه را قابل مجازات می‌داند. در حالی که در مسئولیت مدنی قاعده کلی و بنیادی پذیرفته شده که می گوید: (هر کس به دیگری خسارتی وارد آورد باید جبران کند، یا هیچ خسارتی نباید جبران ناشده باقی بماند) منبع اصلی این مسئولیت محسوب می‌شود. نکته اساسی تر اینکه، عنصر عمدی بودن فعل یا ترك فعل زیان بار در مسئولیت کیفری نقش تعیین کننده داشته، در صورتی که غالب مسئولیتهای مدنی ناشی از بی‌مبالاتی شخص بوده و آنچه مهم است نتیجه فعل زیان بار است نه قصد و نیت عامل.[۴]

تقسیم بندی مسئولیتها به آنچه گفته شد خاتمه نیافته است. نظامهای حقوقی داخلی،

---

۱. ناصر کاتوزیان، مسئولیت مدنی، ضمان قهری، پیشین، ص ۱۱.

2. Civil Liability.

3. Criminal liability.

۴. برای مطالعه بیشتر ر. ك. منابع مندرج در شماره‌های ۱۷۹ و ۱۸۰.

مسئولیت مدنی را به دو نظام مسئولیت متمایز از هم تقسیم کرده‌اند.

الف: مسئولیت قراردادی[1] (عهدی)

ب: مسئولیت قهری یا خارج از قرارداد.[2]

به تعبیر دیگر ضمان ناشی از عقد و ضمان ناشی از قانون هم گفته شده است. مسئولیت قراردادی، عبارت از تعهدی است که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی برای اشخاص ایجاد می‌شود. همچنین مسئولیت قراردادی اگر چه ناشی از قرارداد است اما خودش نه عمل حقوقی است و نه واقعه حقوقی، بلکه اثر عمل حقوقی مثل عقد یا قرارداد است. در این مسئولیت وجود قرارداد که رابطه میان زیان دیده و وارد آورنده زیان (متعهد) است نقش اصلی و تعیین کننده دارد. در حالی که در مسئولیت قهری، وجود عهد و پیمان یا قرارداد در میان طرفین مذکور مطرح نیست. در حقوق انگلستان و آمریکا سعی شده است مسئولیت مدنی (Tort) را از مسئولیت ناشی از نقض قرارداد Breach of Contract جدا کنند و سه نوع مسئولیت متمایز از یکدیگر را مورد شناسایی قرار دهند. این سه نوع مسئولیت عبارتند از:

۱ـ مسئولیت ناشی از خسارت عمدی

۲ـ مسئولیت ناشی از تقصیر

۳ـ مسئولیت ناشی از مواردی که خسارت حاصله نه مبتنی بر خطای عمدی است و نه تقصیر.[3]

همچنین در این نظام حقوقی برقراری رابطه سببیت بین فعل زیان بار و خسارتهای وارده از شرایط اساسی تحقق مسئولیت است.[4]

یکی از قدیمی‌ترین پرونده‌ها (Lumely V.Gye) که به سال ۱۸۵۳ باز می‌گردد حکایت از آن دارد که مدیر تئاتر Queen با یکی از خوانندگان مشهور، به نام Johanna wanger

---

1. Contractual liability.

2. Delictual liability.

۳. حسینقلی حسینی نژاد، مسئولیت مدنی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۷۰، ص ۱۳.

4. A. Tunc and sale, International Encyclopedia of comparative Law, Vol XI,PP. 40-41.

قراردادی منعقد می کند تا در زمان خاصی در تئاتر او خوانندگی کند. اما مدیر تئاتر دیگری برای به خدمت گرفتن خواننده مزبور او را از خوانندگی در تئاتر خواهان منصرف می‌سازد. گفته می‌شود حقوقدانان فرانسوی مسئولیت خوانده را مسئولیت قراردادی تلقی کرده‌اند،[۱] در حالی که حقوقدانان انگلیسی مسئولیت او را غیر قراردادی دانسته‌اند.[۲]

در هر حال حقوقدانان انگلیسی بین مسئولیت قراردادی و قهری تفاوت قائل شده و در بحث تفاوت بین آن دو، برخی چنین گفته‌اند: شباهت بین این دو مسئولیت به قدری زیاد است که غالباً از یکدیگر تمییز داده نمی‌شوند و چه بسا باهم مخلوط می‌شوند. چنانکه شاکی در برخی موارد می تواند برای موضوع واحدی به هر دو نوع مسئولیت مذکور استناد کند. اما در هر صورت باید نکات ذیل مورد توجه قرار گیرد:

الف: اگر طرح دعوا جز با اثبات وجود قرارداد فیمابین طرفین ممکن نباشد، باید دعوای خود را به استناد نقض قرارداد مطرح کند نه مسئولیت قهری.

ب: در مسئولیت قراردادی، طرفین به موجب قرارداد وظایف خود را تعیین می کنند، اما مسئولیت قهری ناشی از وظیفه‌ای است که طبق قانون معین شده است مثل راندن خودرو با رعایت احتیاط.

ج: کسی که طرف قرارداد نیست نمی تواند از یکی از طرفین قرارداد با استناد به نقض قرارداد شکایت کند، هر چند نقض قراردادموجب زیانی برای او شده باشد.[۳]

در هر حال وجه تمایز اصلی بین مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی را باید در منبع تعهد آنها دانست. منبع تعهد (خواه قراردادهای خصوصی باشند خواه معاهدات بین‌المللی)[۴] در مسئولیت قراردادی با منبع تعهد در مسئولیت غیرقراردادی متفاوت است.

اینك با توجه به آنچه گفته شد باید ببینیم مسئولیت ناشی از قرارداد یا تعهد اصلی

---

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۰.

2. Windfield, and Jolowicz, Op.Cit., P.520 - Anson. Op.Cit P.344.

3. W.F.Frank, The General principles of English Law, 6th ed., London, Harrap & co Ltd, 1975, P. 163.

۴. در بند ۱، ماده ۳۸، اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی، معاهدات را در کنار عرف بین‌المللی و اصول کلی حقوقی از منابع حقوق بین‌المللی معرفی کرده است.

مورد بحث چه نوع مسئولیتی است؟ می‌دانیم که مسئولیت در جایی قراردادی است که دارای دو شرط اصلی ذیل باشد:

۱ـ بین زیان دیده و عامل وارد آورنده زیان قراردادنافذی وجود داشته باشد.

۲ـ عدم اجرای تعهد یا تخلف در اجرای آن سبب ورود خسارت شده باشد.

شرط اول نیازی به توضیح ندارد، تنها نکته‌ای که در تکمیل آن باید گفت اینکه، تعهدات ناشی از قرارداد فیمابین طرفین تنها آن چیزی که متعلق قصد مشترك آنها قرار گرفته است نیست، بلکه شامل کلیه تعهداتی نیز می‌شود که ملازم عرفی یا قانونی توافق فیمابین است (ماده ۲۲۰ ق. م.).

بنابراین نتیجه مهمی که بر نکته اخیر مترتب می‌شود اینکه، تخلف از اجرای تعهد، تخلف از اجرای تمامی آن چیزهایی است که یا صریحاً متعلق قصد مشترك طرفین قرار گرفته و یا حسب عرف و قانون ملازم قرارداد اصلی محسوب می شوند.

در توضیح شرط دوم، با توجه به نکاتی که در بند پیشین در خصوص خسارت گفته شد، تنها به این نکته بسنده می کنیم و آن اینکه، باید بین قرارداد و خسارتی که پدید آمده است چنان رابطه‌ای وجود داشته باشد که در نزد عرف، خسارت حاصله نتیجه تخلف متعهد در اجرای تعهد مندرج در همان قرارداد تلقی شود.

نکته مهم و قابل ذکر در اینجا این است که، چه بسا طرفین، خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد را پیش‌بینی می کنند و برای جبران آن نیز مبلغی را تعیین می‌نمایند. اما قبل از اینکه متعهد در اجرای تعهد تخلف ورزد و علی القاعده خسارت پیش‌بینی شده هم حاصل آید، وضعیت به گونه‌ای تغییر کند که به‌رغم تخلف متعهد، ورود خسارت ناشی از تخلف منتفی شود. مثلاً، کشاورزی یك قطعه از زمینهای خود را فروخته و شرط نموده است که خریدار حق ندارد در آنجا کارخانه احداث نماید. چرا که طرفین پیش‌بینی می کنند در صورت احداث کارخانه، فاضلاب آن سبب ورود خسارت به چند حلقه چاه آب زراعی متعلق به کشاورز شده و در صورت تخلف، خریدار باید مبلغ معینی بابت خسارت به کشاورز بپردازد. اما پس از انعقاد قرارداد، خریدار تصمیم به نقض عهد نموده و به دنبال تهیه ملزومات و مقدمات احداث کارخانه می‌رود. لیکن قبل از اینکه تخلف خریدار از شرط

مورد توافق عملی شود، دولت تمامی منطقه‌ای که زمینهای مورد نظر در آن واقع هستند را منطقه صنعتی اعلام می کند و طبعاً کشاورزی و داشتن چاه زراعی در آنجا نیز منتفی می‌شود. یا اساساً دولت بهره‌برداری از آبهای زیر زمینی منطقه را بکلی ممنوع اعلام می‌نماید. در چنین حالتی حکم مسئله چیست؟ آیا به‌رغم تغییر اوضاع و احوال در فرض مثالهای فوق باز هم می توان تخلف متعهد را موجب مسئولیت مدنی او دانست؟ به نظر می‌رسد پاسخ مسئله نیازمند به تحلیل بیشتری است. در قراردادهایی که نمونه‌ای از آن را ذکر کردیم، طرفین، مجموعه‌ای از تعهدات را پذیرفته‌اند. به طور مثال تسلیم مبیع و همین‌طور ثمن در زمان و مکان مقرر، انتقال مالکیت و غیره که در متن اصلی قرارداد نهفته بوده و طبعاً هدف اصلی طرفین نیز در این بخش از تعهدات قراردادی متمرکز می‌شود.

اما در بسیاری از قراردادها برخی از شروط و تعهدات اگر چه فرعی و تبعی محسوب می شوند، ولی به دلیل ارزش مادی یا معنوی فراوانی که دارند ممکن است به هیچ وجه قابل صرف نظر یا نادیده گرفتن نباشند. برای مثال، در نمونه‌ای که ذکر شد احداث کارخانه در زمین فروخته شده چه بسا تمامی سرمایه و دارایی کشاورز و فروشنده زمین را در معرض خطر جدی قرار دهد. لذا درج شرط «ترك فعل احداث کارخانه» در ملك فروخته شده برای فروشنده حیاتی است. در چنین وضعیتی باید رابطه شرط و قرارداد بدقت تحلیل شود.

در تحلیل این رابطه دو صورت تصور می‌شود الف: صورت اول اینکه قرارداد مبتنی بر شرط منعقد شده باشد. یعنی فروشنده می گوید «این قطعه زمین را با این شرط می‌فروشم که در آن ملك، کارخانه‌ای احداث نشود و اگر خریدار تخلف کند باید مبلغ معینی به‌عنوان خسارت بپردازد. ب: صورت دوم اینکه، طرفین قصد معامله زمین کرده ولی فروشنده ضمناً از خریدار می‌خواهد که در ملك خریداری شده کارخانه‌ای احداث نکند. برای التزام خریدار به این شرط نیز با محاسبه پیشاپیش خسارت احتمالی مبلغی را در نظر می گیرند.

از ظاهر صورت اول چنین بر می آید که در فرض منتفی شدن محل ورود خسارت، مثل اینکه گفتیم بهره‌برداری از آبهای زیرزمینی ممنوع اعلام می‌شود و خسارت به چاههای

زراعی هم معنا نخواهد داشت، باز هم خریدار در صورت تخلف باید مبلغ پیش‌بینی شده را بپردازد. زیرا در هر حال قرارداد مبتنی بر شرط ترك فعل احداث کارخانه منعقد شده است. اما با دقت و تأمل بیشتر به نظر می‌رسد هم اینکه برای تخلف از اجرای شرط، جایگزینی به نام خسارت پیش‌بینی‌شده در نظر گرفته می‌شود با صورت دوم تفاوتی ندارد. در هر دو صورت باید گفت قرارداد تعهدی است مستقل و شرط ضمن آن نیز متضمن تعهدی است که اگر چه بدون مطرح شدن قرارداد دلیلی برای به وجود آمدن آن نبود، اما به تبع وجود قرارداد، در هر حال خود دارای هویتی مستقل است که برای فعل یا ترك فعل مابه ازایی به‌نام خسارت تعیین شده مقرر می گردد. در نتیجه اگر طرفین قرارداد در خصوص موضوع اصلی آن به تمام نتایج آن دست یابند، ولی فلسفه وجودی شرط از بین برود در واقع موضوع یك تعهد مستقلی منتفی شده است و باید جداگانه مورد تحلیل و ارزیابی قرار گیرد. به‌نظر می‌رسد این مسئله را باید در حقوق ایران و کامن‌لا تحت تئوری «Frustration» و منتفی شدن قرارداد مورد بررسی قرار داد. در حقوق کامن‌لا عقیم شدن قرارداد که یکی از اسباب سقوط تعهدات محسوب شده است در تعریف Frustration چنین آورده‌اند: «عقیم‌شدن یعنی خاتمه پیش هنگام قرارداد با توجه به تغییر اوضاع و احوالی که سبب غیر ممکن شدن اجرای قرارداد شده است. یا حداقل قرارداد را نسبت به آنچه که قبلاً پیش‌بینی می کرده‌اند، به گونه‌ای متفاوت نموده است که مقید و ملزم کردن طرفین به قرارداد معقول نخواهد بود».[1]

بنابراین مسئولیتهای ناشی از قرارداد اصلی را باید به دو دسته تقسیم کرد. دسته اول مسئولیتهایی هستند که در اثر تخلف از اجرای قرارداد و پدید آمدن خسارت به‌وجود می‌آیند و این تخلفات شامل هر گونه نقض عهدی می‌شود که طبق قرارداد، طرفین متعهد به اجرای آن شده‌اند. به‌عنوان مثال در اثر عدم پرداخت به موقع ثمن ممکن است خسارتی متوجه فروشنده شود که بنابر قواعد مسئولیت قراردادی، متخلف ملزم به جبران آن می‌باشد. خواه برای جبران آن خسارات پیشاپیش مبلغی را در نظر گرفته باشند خواه

1. The Oxford companion to Law, Op. Cit. ''Frustration''.

نگرفته باشند.

دسته دوم مسئولیتهایی هستند که به ازای نوع خاصی از تخلف مطرح می‌شوند و برای جبران خسارات ناشی از آن نیز مبلغ معینی در نظر گرفته می‌شود. همانند آنچه در شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد پیش‌بینی می‌شود، که به‌طور خاص برای تخلف ویژه‌ای میزان خسارت احتمالی و چگونگی جبران آن را در شرط مزبور پیش‌بینی می کنند.

بنابراین به طور خلاصه باید گفت اگر طرفین برای فرض تخلف از اجرای تعهد و خسارات ناشی از آن، پیشاپیش تصمیم خاصی اتخاذ نکنند و در خصوص چگونگی جبران خسارات احتمالی به توافق نرسند، مسئولیت قراردادی حکم می کند که در صورت تخلف و ورود خسارت، عامل ورود زیان باید آن را جبران نماید. اما چنانچه به‌طور عام برای صرف تخلف از اجرای تعهد اعم از اینکه سبب ورود خسارت بشود یا خیر و یا خسارت ناشی از تخلف و قابل پیش‌بینی، کم باشد یا زیاد، مبلغ خاصی تعیین کنند، این مبلغ تعیین شده با وجه التزام مطابقت داشته و تابع قواعد مربوط به آن است. تنها یك فرض، موضوع مورد بحث ماست و آن اینکه اگر تخلف خاصی مدنظر طرفین باشد که طبق پیش‌بینی آنان در صورت وقوع، مستلزم ورود خسارت معلوم و قابل محاسبه‌ای در زمان عقد خواهد بود، چنانچه برای جبران آن به توافق برسند و میزان آن را معین کنند، اجمالاً در اینجا می گوییم که مسئولیت قراردادی با اِعمال اراده طرفین پیشاپیش محدود و مشخص شده است. تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد نیز به عنوان یك تعهد، هر چند تبعی و فرعی، قراردادی است که به موجب آن برای ترك فعل خاصی معین شده است و مسئولیت نهفته در آن نیز مسئولیت قراردادی است. طبعاً تخلف از این تعهد نیز چنانچه منجر به ورود خسارتی شود مثلاً طرف متخلف از پرداخت خسارت معین شده خودداری کند مسئولیت قراردادی به این اعتبار نیز دامن او را گرفته و او را ملزم به جبران خسارت ناشی از این تخلف هم خواهد کرد.

سؤال اصلی و مهمی که در اینجا مطرح می گردد این است اگر بین آنچه شخص متخلف به اعتبار مسئولیت قراردادی و طبق قواعد عام آن جبران خسارت کند با آنچه طبق شرط ضمن عقد به توافق رسیده‌اند، تفاوت وجود داشته باشد چه باید کرد؟ به بیان دیگر

هرگاه در صورت تخلف از اجرای قرارداد، خسارت وارده و حقیقی کمتر یا بیشتر از آنچه طبق شرط ضمن عقد تعیین کرده‌اند، باشد، کدامیك ملاك عمل خواهد بود؟ پاسخ این پرسش را در بند دوم از همین گفتار پی می گیریم.

گفتار دوم ـ رابطه بین مسئولیت قراردادی و التزام ناشی از شرط ضمن عقد

امروزه حقوقدانان اصل مسئولیت قراردادی را در زمره قواعد عمومی قراردادها مورد بررسی و مطالعه قرار داده و آن را التزامی می‌دانند که طرفین در قراردادها به‌طور ضمنی بر آن توافق می کنند. به همین دلیل نیز این مسئولیت را محدود به ضرر و خسارتی می‌سازند که قابل پیش‌بینی و در قلمرو انتظار دو طرف باشد. در توجیه و تأیید این سخن هم به مفاد ماده ۲۲۱ ق. م. استدلال می کنند[۱] که بیان می‌دارد: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد». یعنی باید پذیرفت که مسئولیت قراردادی مبتنی بر تراضی ضمنی طرفین است. به علاوه این تراضی ضمنی هم علی القاعده به سه صورت قابل پیش‌بینی است یا صریحاً طرفین بر آن توافق کرده‌اند و یا طبق عرف یا قانون مشخص می گردد.

اما به نظر می‌رسد این تحلیل چندان مناسب نباشد. همان گونه که قبلاً نیز گفته شد، اساساً مسئولیت قراردادی اگر چه منشأ قراردادی دارد اما دارای ماهیت قراردادی و مبتنی بر تراضی طرفین نیست. زیرا مسئولیت قراردادی نه عمل حقوقی است و نه واقعه حقوقی، بلکه صرفاً اثر عمل حقوقی است و چون اثر عمل حقوقی است لذا تکلیف قواعد حاکم بر آن را باید قانون معین سازد و اراده طرفین نمی تواند در خلق یا تحمیل هر اثری بر یك عمل حقوقی دخالتی داشته باشد. اراده طرفین در ایجاد و خلق عمل حقوقی مؤثر است اما نوع و

---

۱. قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، پیشین، ص ۲۵۴.

چگونگی آثار عمل حقوقی خلق شده را قانون اعلام می کند. این طور نیست که اگر طرفین بر چگونگی جبران خسارت و یا میزان آن حتی به‌طور ضمنی هم توافق نکرده‌باشند و یا اگر اتفاقاً به طور کامل از این امر غفلت کنند و یا هیچ اطلاعی از ترتب این اثر مهم بر قرارداد فیمابین خودشان نداشته باشند و یا کمترین توجه و دقتی به میزان و چگونگی خسارت احتمالی نکنند، چنین مسئولیتی در صورت تخلف و عهد شکنی به وجود بیاید و به‌رغم ورود خسارت، جبرانی برای آن فرض نشود. خیر، مسئولیت قراردادی که همان تعهد به جبران خسارت ناشی از تخلف در اجرای قرارداد است، امری است تابع قواعد عمومی جبران خسارت، و اراده طرفین در تحمیل اصل آن بر تخلف از اجرای قرارداد دخالتی ندارد. از سوی دیگر شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد به عنوان یك تعهد ضمن عقد و همچنین با دارا بودن ماهیت تعهد تبعی، دارای ماهیت قراردادی بوده و مسئولیت یا التزام ناشی از آن تابع اراده صریح و قاطع طرفین است. در مسئولیت قراردادی که به تبع قرارداد یا تعهد اصلی به وجود می آید، هر چند نظر برخی را که مناسب هم ندانستیم بپذیریم، حداکثر تابع توافق ضمنی طرفین است، در حالی که التزام ناشی از شرط مبتنی بر اراده صریح طرفین می‌باشد. اختلاف دیگر بین مسئولیت قراردادی و التزام ناشی از شرط، اختلاف در منبع آنهاست.

برای اینکه رابطه بین مسئولیت قراردادی و التزام ناشی از شرط تعیین خسارت را، خصوصاً در جایی که مفاد شرط با نتیجه حاصله از مسئولیت قراردادی مطابقت ندارد، بررسی کنیم لازم است ابتدا مبانی و نیز منابع فقهی و حقوقی هر یك از آن دو را به طور مختصر بررسی کنیم. سپس نسبت بین آن‌دو و بویژه تقدم یکی بر دیگری را در صورت عدم تطابق باهم مورد مطالعه قرار دهیم.

بند اول ـ مبانی مسئولیت قراردادی

الف ـ مسئولیت قراردادی و قاعده لاضرر

همان طور که سابقاً نیز ذکر شد، اصل لزوم جبران خسارت وارده بر دیگری یکی از مهم ترین اصول پذیرفته شده در تمامی نظامهای حقوقی جهان است. بر این اساس چنین

به نظر می‌رسد، قواعدی مثل قاعده لاضرر یا قاعده اتلاف و نظایر آن نقش تأیید کنندگی اصل مزبور را داشته باشند. کلمه ضرر را در قاعده لاضرر چه به معنای خلاف نفع[1] یا ضد نفع[2] یا نقصان در حق[3] معنا کنیم، در هر صورت شامل ضرر و خسارت ناشی از تخلف متعهد در اجرای تعهد قراردادی نیز خواهد شد.

متن قاعده لاضرر از حدیث نبوی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» گرفته شده است و مفاد قاعده مزبور را چه «نفی ضرر جبران نشده» بدانیم یا «نهی از اضرار به غیر» تحلیل کنیم، بی تردید از این قاعده برای اثبات مسئولیت وارد آورنده ضرر می توان استفاده کرد.[4]

ب-مسئولیت قراردادی و قاعده اتلاف و تسبیب

صرف نظر از اینکه مدرك قاعده اتلاف جمله معروف «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» یا حدیث «حرمة مال المسلم کحرمة دمه» و یا آیه شریفه «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» باشد، در هر صورت اتلاف بالمباشره به معنای تلف مال دیگری بدون دخالت یا وساطت شخص دیگر است و اتلاف بالتسبیب نیز یعنی اینکه کسی کاری کند که منجر به تلف مال دیگری شود. در تحقق اتلاف، کافی است رابطه علیت بین فعل شخص و تلف مال وجود داشته باشد. یا اگر کار انجام شده علت تلف نباشد، اما زمینه ساز اتلاف گردد، باید تحت عنوان تسبیب، شخص تلف کننده یا مسبب را، حسب قواعد اتلاف و تسبیب، مسئول شناخت.[5]

آنچه در اینجا قابل ذکر است اینکه اگر عملی یا فعلی بخواهد مصداق اتلاف تلقی شود باید آن فعل موجب تلف و از بین رفتن مالی باشد که عرفاً آن مال مطلوب مردم بوده و مستقیماً یا

---

۱. جوهری، اسماعیل ابن حماد، **صحاح اللغه**، ج ۲، بیروت، لبنان، دارالعلم للملایین، ماده ضرر.

۲. سید علی اکبر قریشی، **قاموس قرآن**، دوره سه جلدی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۲، «ضرر».

۳. شیخ فخرالدین طریحی، **مجمع البحرین**، دوره سه جلدی، چاپ دوم، تهران، مرتضوی، ۱۳۶۲، «ضرر».

۴. برای مطالعه تفصیلی قاعده لاضرر می توان به کتب ذیل مراجعه نمود (میرزای نائینی، پیشین، ج ۲، ص ۱۹۹ به بعد - شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۳۷۲ به بعد - میرزا حسن موسوی بجنوردی، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، ص ۱۷۶ به بعد - محقق داماد، **قواعد فقه بخش مدنی**، پیشین، ص ۱۳۴ به بعد - ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، ضمان قهری، مسئولیت مدنی**، پیشین، ص ۷۵ به بعد...).

۵. منابع پیشین، قواعد اتلاف و تسبیب.

غیر مستقیم برخی از حوایج آنان را برآورده سازد. خواه اتلاف مستقیماً و بالمباشره صورت گیرد، خواه عمل شخص باواسطه سبب از بین رفتن مال دیگری شود. در تسبیب نیز خواه عمل شخص از جمله افعال و کنش های مثبت باشد، خواه ترك فعل و یا عدم انجام وظیفه‌ای که به موجب قانون یا قرارداد موظف به انجام آن بوده است. بدین ترتیب اولاً در اتلاف همیشه فعل مثبت موجب ایراد خسارت است در حالی که در تسبیب فعل منفی نیز موجب ورود خسارت می گردد. ثانیاً در اتلاف ورود خسارت مباشرتاً حاصل می شود در حالی که در تسبیب این امر مع الواسطه است. ثالثاً در اتلاف و همچنین تسبیب آنچه نتیجه فعل متلف و مسبب است تلف و نابودی عین مال است. مثل اینکه کسی با حفر چاه فاضلاب یا احداث حمام در جنب چاه آب آشامیدنی شخص دیگری باعث از بین رفتن آب آن چاه یا آلودگی آب آن شود. طبعاً از منظر بحث مورد نظر نیز هر گاه بین دو شخص قراردادی منعقد شود و در اثر نقض عهد و رفتار غیر مجاز یکی از آن دو، مال شخص دیگر تلف شود مسئولیت قراردادی او با اتکاء به قواعد اتلاف و تسبیب که در فقه امامیه از اعتبار و شهرت فراوانی برخوردار است قطعی بوده و شخص وارد آورنده ضرر موظف است کلیه خسارات ناشی از عمل خود را اجبران نماید.

ج- مسئولیت قراردادی و قانون مدنی

اگر چه در حقوق ایران جسته و گریخته قواعدی مرتبط با مسئولیت قراردادی یافت می‌شود، اما نظر به لزوم رعایت اختصار در اینجا تنها اشاره می کنیم که صریح ترین ماده‌ای که در قانون مدنی مسئولیت جبران خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهد را بیان داشته است ماده ۲۲۱ آن قانون است. در این ماده آمده است: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد». این ماده نیز با توجه به قواعد فقهی موجود و حکم قطعی عرف مبنی بر لزوم جبران خسارت به تبع تخلف در اجرای تعهد، مورد نقد و اعتراض برخی از مؤلفان معاصر قرار گرفته و حکم آن را در حقوق کنونی زائد دانسته‌اند.[۱]

---

۱. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، پیشین، ص ۳۰۶.

بند دوم ـ مبانی شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

پیش تر گفتیم که مسئولیت قراردادی اثر یك تعهد یا عمل حقوقی است و دارای ماهیت قراردادی نیست. اما شرط تعیین قراردادی خسارت خود یك تعهد قراردادی است. به عبارتی دیگر اگر چه شرط، تعهدی است تبعی و فرعی اما به نوبه خود همانند سایر تعهدات دارای مبانی و همچنین آثار مشابه با آنهاست. بنابراین شرط تعیین قراردادی خسارت را باید به عنوان یك تعهد مورد مطالعه قرارداد و بالطبع مبانی آن را هم باید از این منظر نگریست. پیش از این در خصوص لزوم وفای به عهد نیز توضیحاتی داده‌ایم و در اینجا نیز به اختصار یادآور می‌شویم که اساساً هر عاقلی وفای به عهد را اعم از اینکه ناشی از یك تعهد یا قرارداد اصلی باشد یا ناشی از شرط ضمن آن، نیکو و پسندیده می‌داند و در مقابل نقض عهد و تخلف از اجرای تعهد را زشت و ناپسند می‌شمارد. به همین دلیل اجماع مسلمانان و ضرورت دین و حتی جمیع ادیان نیز بر حسن وفای به عهد و لزوم رعایت آن قائم است.[۱] از سوی دیگر لزوم و وجوب وفاء حسب مقتضای مورد است. طبعاً در عقد بیع و اجاره به گونه‌ای و در عقود جایز مثل مضاربه و شرکت نیز به گونه‌ای دیگر.[۲] اما آنچه مسلم است شرط نیز به عنوان یك تعهد از شمول این قاعده مستثنی نیست. در میان فقهای امامیه هر چند اختلافاتی در خصوص لزوم وفای به شرط ضمن عقد دیده می‌شود اما این اختلافات خدشه‌ای در اعتقاد به اصل لزوم وفای به عهد وارد نمی‌سازد. مرحوم شیخ انصاری از فقهای بزرگ شیعه با استناد به آیات و روایات وارده[۳] وفای به شرط را لازم دانسته و اظهار می‌دارد، علاوه بر ادله‌ای که بر لزوم وفای‌به شرط دلالت دارند، به استناد عموم

---

۱. سید عبدالحسین طیب، اطیب البیان فی تفسیرالقرآن، ج ۲، کتابفروشی اسلام، چاپ محمدی اصفهان، بدون تاریخ انتشار، صص۸ و ۹.

۲. میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، پیشین، ص ۴۱.

۳. عوالی اللآلی، عن النبی (ص) انه قال: «المؤمنون عند شروطهم» ر. ك. حاج میرزا حسین نوری طبرسی، مستدرك الوسائل، ج۱۳ (باب ۵ از ابواب خیار)، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ هـ.ق.، ص ۳۰۱، ـ موثقة اسحق بن عمار عن جعفر عن ابیه(علیهما السلام) ان علی بن ابی طالب(علیه السلام) کان یقول: «من شرط لامرأته شرطا فلیف لها به، فان المسلیمن عند شروطهم...» ر. ك. حر عاملی وسائل الشیعه، ج ۱۸ (باب ۶ روایت شماره ۲۳۰۴۴)، پیشین، ص ۱۶.

وجوب وفای به عهد و با توجه به اینکه شرط جزیی از ارکان عقد است مؤمنان مکلف به وفای به عقود و شروطشان می‌باشند.[1] البته ناگفته نماند که برخی از فقهاء نیز با انتقاد از شیخ انصاری گفته‌اند از عباراتی نظیر «المؤمنون عند شروطهم» لزوم وفا به عنوان یك حكم تكلیفی استنباط نمی‌شود بلكه این عبارت بیانگر حكم وضعی یعنی لزوم قراردادهاست كه طبعاً مفاد آن نفوذ و لزوم شرط است.[2]

در هر حال با صرف نظر از منازعات فیمابین فقهاء و حقوقدانان آنچه مسلم است اینكه، امروزه در كلیه نظامهای حقوقی جهان، بشر را ملزم به رعایت پیمانها، قراردادها و شروط متضمن تعهدات به عمل آمده در آنها می‌نمایند. خواه مبنای این تعهدات را بر اساس نظریه فرد گرایان حاكمیت اراده بدانیم و یا بر اساس نظریه پیروان اصالت اجتماع، آن را مبتنی بر ضرورتهای اجتماعی استوار سازیم و یا طبق گفته‌های حقوقدانان آمریكایی مبنای آنها را بر احترام به اعتماد مشروع در روابط بازرگانی و پرهیز از بی‌عدالتی بنا نهیم. در حقوق بین‌الملل نیز به موجب اصل وفای به عهود، طرفین متعاهدین موظف به مراعات دقیق مندرجات معاهدات فیمابین بوده و هر گونه نقض عهد را سبب مسئولیت متخلف می‌دانند.[3] خواه مبنای آن را حاكمیت اراده و خواست متعاهدین تلقی كنیم و خواه آن را مبتنی بر قواعد حقوقی و خارج از اراده متعاهدین بدانیم و یا همانند برخی از دانشمندان حقوق بین‌الملل قواعد اخلاقی را مبنای اصلی آن برشمریم.[4] در هر صورت در اصل لزوم وفای به عهد كه شرط نیز به نوعی عهد تلقی می‌شود تردیدی وجود ندارد.[5] اینك كه با مبانی مسئولیت قراردادی و همچنین شرط ضمن عقد از جمله شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد آشنا شدیم، لازم است رابطه و نسبت بین مسئولیتهای ناشی

---

۱. شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۲۸۳.

۲. سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج ۲، چاپ نجف، حیدری، پیشین، ص ۱۴۲.

۳. سید حسین عنایت، تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق كنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر، چاپ اول، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ج. ا. ا.، ۱۳۷۰، صص ۴۳ و ۴۴.

۴. فوشیل، شرح حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هشتم، ج ۱، پاریس، ۱۹۲۱، به نقل از منبع پیشین.

۵. برای مطالعه بیشتر در خصوص مبانی شرط ضمن عقد ر. ك. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، پیشین، ص ۳۵ به بعد.

از قرارداد اصلی و همچنین تعهد ناشی از شرط تعیین قراردادی خسارت را، خصوصاً در صورتی که با یکدیگر تعارض پیدا می کنند مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

بند سوم- بررسی رابطه و نسبت بین مسئولیت قراردادی حاصله از قرارداد اصلی و تعهد ناشی از شرط تعیین قراردادی خسارت

نظام عمومی و قانونی مسئولیت قراردادی اغلب به وسیله شروطی که عموماً به صورت ضمن عقد طرح می‌شوند، دستخوش تغییر و دگرگونی قرار می گیرند. مرسوم چنین است که طرفین قرارداد یا به دلیل غفلت نسبت به مسئولیت قراردادی یا تعمداً با صرف نظر از تبعات و پیامدهای آن، رأساً نسبت به آثار نقض عهد و تخلف در اجرای تعهد تصمیم می گیرند. این تصمیم گیری‌ها غالباً به صورت شرط عدم مسئولیت یا شرط کیفری و یا شرط وجه التزام ظاهر می‌شوند. اما با توجه به اقتضای بحث می خواهیم ببینیم اگر به‌صورت دیگری، که موضوع کتاب حاضر هم هست، تصمیم گیری کنند وضعیت و آثار آن چگونه خواهد بود؟ صورت مورد نظر همان شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد است که تحلیل و بررسی آن هدف اصلی ماست.

تاکنون اَشکال مختلف این قبیل شروط مورد بحث قرار گرفته‌اند اما در یك نگاه بدوی و کلی سه صورت قابل تصور است:

صورت اول: طرفین به صورت شرط ضمن عقد توافق می کنند، چنانچه متعهد تخلف نماید X ریال بابت تخلف باید بپردازد. اگر چه معمولاً چنین شرطی به عنوان خسارت مرسوم است اما فرض چنین است که صرف وقوع تخلف کافی برای استحقاق مطالبه وجه تعیین شده از سوی متعهد له است. خواه در واقع تخلف انجام شده منجر به ایراد خسارت هم شده باشد خواه نشده باشد. این قبیل شروط که معمولاً به انگیزه جلوگیری از تخلف متعهد در نظر گرفته می‌شود، به نام وجه التزام شهرت یافته است که مبلغ تعیین شده چه بسا بیشتر، کمتر و یا برابر با خسارت واقعی وارده باشد. در خصوص این شرط تنها به این نکته بسنده می کنیم که چنانچه مبلغ وجه التزام غیر معقول و به‌طور گزاف تعیین شده باشد و هدف اصلی طرفین تهدید و به تعبیری کیفر متخلف محسوب شود با وجه التزام به

عنوان جبران خسارت متفاوت است. چنانچه قبلاً هم گفته‌ایم در حقوق آمریکا و انگلیس شرط کیفری باطل و وجه التزامی که حکایت از تعیین مقطوع خسارت داشته باشد صحیح است.[۱]

در حقوق ایران تراضی طرفین برای ایجاد الزام کافی است مگر اینکه تراضی ضمن شرط باطلی صورت گرفته باشد. از سوی دیگر شرطی باطل است که به موجب قانون بطلان آن تصریح شده باشد. لیکن با وجود ماده ۱۰ ق. م. چنین استنباط می‌شود که تعیین مبلغ گزاف هر چند به انگیزه کیفر متخلف در نظر گرفته شده باشد ممنوع نیست. ممکن است گفته شود که از ظاهر ماده ۲۳۰ ق. م. چنین بر می‌آید که مبلغ تعیین شده باید به منظور جبران خسارت باشد و لذا عدم تناسب بین مبلغ تعیین شده و خسارت وارده می‌تواند از سوی دادرس مستمسکی باشد تا از نفوذ و اعتبار شرط کیفری جلوگیری نماید. اما با وجود ماده ۱۰ و نیز عدم دلالت صریح و قاطع ماده ۲۳۰ ق. م. بر بطلان وجه التزام کیفری احتمال فوق منتفی است. بر همین اساس برخی از حقوقدانان گفته‌اند آوردن عبارت «به‌عنوان خسارت» در ماده ۲۳۰ از باب غلبه است. چرا که ممکن است برای تضمین قرارداد یا جبران شکست در معامله وجه‌التزامی را در نظر گیرند، در حالی که چهره غالب و جوهر وجه التزام نیز جبران خسارت است.[۲]

صورت دوم: ممکن است طرفین با آوردن شرطی در ضمن قرارداد این گونه توافق کنند که «اگر متعهد از انجام تعهد تخلف نماید مستلزم ورود خسارت خاصی (که پیشاپیش معلوم است) خواهد بود، لذا بابت آن باید x ریال به متعهد له بپردازد». در این صورت که به «خسارت مقطوع»[۳] اشتهار دارد، دو امر پیشاپیش معلوم گردیده است: اولاً طرفین معلوم کرده‌اند که تخلف متعهد از اجرای تعهدمستلزم ورود خسارت خاصی خواهد بود. مثلاً هر گاه متعهد از تحویل بموقع کمباین خودداری کند، گندمهای مزارع معلوم کشاورز (متعهد له) درو نشده باقی خواهد ماند. ثانیاً اگر چه حدوداً میزان خسارت

---

1. Treitel, Op. Cit. P. 899 - Murray on contracts, Op. Cit P. P.708 - 710.

۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، پیشین، ص ۳۱۶.

3. Liquidated Damages.

احتمالی معلوم است اما با صرف نظر از برآورد میزان دقیق آن، مبلغ معینی برای جبران خسارت پیش‌بینی شده در نظر گرفته شده است. در نتیجه صرف وقوع تخلف کافی برای تعیین مبلغ مورد نظر نبوده و روشن است که قصد طرفین نیز تضمین یا تهدید متعهد نیست، بلکه انگیزه اصلی طرفین از شرط پرداخت خسارت، جبران خسارتی است که پیشاپیش معلوم است.

در حقوق کامن لا هرگاه مبلغ تعیین شده دارای جنبه تعیین مقطوع خسارت باشد، متخلف باید تمام مبلغ تعیین شده را بپردازد. نکته قابل توجه این است که حتی در صورتی که خسارت واقعی کمتر یا بیشتر از مبلغ تعیین شده باشد و یا اساساً خسارتی هم وارد نشده باشد باز هم متعهد (متخلف) ملزم به پرداخت آن خواهد شد.[1]

سؤال مهمی که در اینجا مطرح است اینکه ملاك تشخیص شرط وجه التزام تنبیهی (کیفری) از شرط خسارت مقطوع چیست؟ در سال ۱۸۹۲ یکی از قضات معروف انگلیسی به نام «لوپس» در پرونده‌ای چنین اظهار داشته است:

«چنانچه قصد طرفین در شرط تعیین شده، تضمین اجرای قرارداد با توسل به مبلغی به صورت «جریمه»[2] باشد، شرط مزبور دارای جنبه تنبیهی است. اما اگر قصدشان تعیین پیشاپیش خسارت حاصله از تخلف در اجرای قرارداد باشد، شرط مزبور تعیین خسارت مقطوع تلقی می گردد.»[3]

در عین حال ابهام اصلی کماکان باقی ماند و تشخیص اینکه در چه صورتی شرط وجه التزام دارای جنبه کیفری بوده و در چه صورتی به عنوان خسارت مقطوع آورده شده است و در واقع قصد طرفین چه بوده است به طور روشن معلوم نگردید. سالها بعد قاضی دیگری به نام «لرد داندین» معیارهایی را برای تشخیص شرطی که دارای جنبه کیفری و جریمه است از جنبه دیگر آن چنین بیان داشته است:

---

1. Lawson, Remedies of English Law Op. Cit. P. 68.

2. Fine.

3. Benjamin Guest (A.G), The common law library, No 11, Benjamin's sale of good, 3rd ed., London , sweet & Maxwell, 1974, P. 602.

الف: اگر مبلغ تعیین شده به قدری گزاف و غیر معقول[1] باشد که از بالاترین حد خسارت ممکن فراتر رود، باید جریمه تلقی شود. (کمااینکه در پرونده[2] Clydebank قاضی Lord Halsbury بدان اشاره داشته است.)

ب: اگر موضوع قرارداد تأدیه مبلغی وجه نقد باشد و وجه التزام تعیین شده بیشتر از آن مبلغ باشد باید آن را جریمه محسوب کرد. (کمااینکه از پرونده Kembla V.Farren چنین استنباط می‌شود.[3])

ج: در صورتی که طرفین برای حوادث مختلفی که منجر به خسارات متفاوتی می‌شوند مبلغ واحدی را در نظر گیرند چنین استنباط می‌شود که قصدشان تعیین جریمه بوده است (کما اینکه قاضی لرد واتسن در پرونده‌ای[4] در سال ۱۸۸۶ بدان تمسك جسته است).[5]

در هر حال آنچه از مجموع آرای صادره بر می‌آید چنین فهمیده می‌شود که کمتر یا بیشتر بودن مبلغ وجه التزام از خسارت واقعی دلیلی برای بی‌اعتبار ساختن آن شرط نخواهد بود. بلکه مهم این است که طرفین قصد تعیین پیشاپیش خسارت احتمالی را داشته باشند تا به این وسیله بتوانند در صورت وقوع تخلف از مشکلات مربوط به دادرس و مراجعه به دادگاه رهایی یابند.

با توجه به اینکه دو صورت فوق‌الذکر محور اصلی بحث ما نیستند لذا از تحلیل و بررسی تفصیلی آنها صرف نظر می‌کنیم و در خصوص رابطه بین تعهدات ناشی از این قبیل شروط با مسئولیت قراردادی را به صورت سوم از فرضهای مورد نظر که ذیلاً بدان می‌پردازیم معطوف می‌سازیم.

---

1. Extravagant and unconscionable.
2. Clydebank Engineering and Shipbuilding Co V.Don Jose Ramos Yzquierdoy Castaneda 1905, A.C.6.
3. Kemble V. Farren (1829) 6 Bing. 141 ("Liquidated damages" held penalty) Treitel. Op. Cit, P.899.
4. Elphinstone Lord V. Monkland Jron and coal Co, 11 APP. cas 332. Smith and Thomas. Op. Cit. P. 623 - Treital. Op. Cit, P. 901.
5. Smith and Thomas, Op. Cit, P. P. 622 - 623 - Treitel, Op. Cit, PP. 899 - 901.

صورت سوم: ممکن است طرفین این گونه توافق کنند که چنانچه متعهد از اجرای تعهد تخلف نماید فلان خسارت (خسارت خاصی) وارد خواهد شد که این خسارت تقریباً همان خسارت واقعی قابل پیش‌بینی بوده و در نتیجه شرط می کنند که به ازای خسارت مورد نظر متعهد باید مبلغی که معادل آن است به متعهد له (مشروط له) بپردازد.

بنابراین در این توافق سه توافق جزیی مورد قصد و اراده مشترك طرفین قرار گرفته است. اول اینکه صرف تخلف کافی نیست بلکه باید مستلزم ورود خسارت هم باشد. دوم اینکه قصدطرفین ناظر به خسارت واقعی و نزدیك به آن است. یعنی قصدشان در شرط مزبور این است که چون تخلف متعهد مستلزم ورود ضرری می‌شود که پیشاپیش مقدار آن معلوم است لذا معادل خسارت واقعی در شرط ضمن عقد در نظر گرفته می‌شود. سوم اینکه مبلغ پیش‌بینی شده معادل خسارت واقعی است نه اینکه همانند صورت دوم تنها ناظر به جبران خسارت (اعم از اینکه خسارت واقعی کمتر یا بیشتر بشود) باشد. به بیان روشن تر در صورت دوم اگر چه طرفین قصد جبران خسارت داشته و مبلغ تعیین شده، یعنی خسارت مقطوع به انگیزه جبران خسارت است اما انگیزه طرفین تأمین و جبران خسارت واقعی نیست، بلکه با آوردن خسارت مقطوع قصد دارند از جنبه تنبیهی بودن شرط و نهایتاً بی‌اعتبار شدن آن در نزد دادگاه خلاص شوند و ضمناً بابت خسارت احتمالی نیز مبلغی را در نظر گرفته باشند تا از پیچ‌وخم سخت اثبات خسارت و مشکلات دادرسی نیز ساده‌تر عبور کنند. به همین دلیل نیز گفته شد که این شرط (خسارت مقطوع)[1] در حقوق کامن‌لا از فوایدی برخوردار بوده و به دلیل معتبر بودن در نزد محاکم حتی در صورتی که از خسارت واقعی کمتر یا بیشتر هم باشد دارای نفوذ و اعتبار می‌باشد. مهم‌تر اینکه چنانچه اساساً خسارتی هم وارد نشده باشد به حکم اصل آزادی قراردادها دادگاه حق تغییر در مبلغ تعیین شده را نداشته و صرف وقوع تخلف کافی برای ایجاد حق مطالبه خسارت پیش‌بینی شده برای متعهد له می‌باشد.[2] تنها در صورتی دادگاه حق تغییر وجه التزام پیش‌بینی شده را

---

1. Liquidated Damages.

2. Lawson, Op. Cit, PP. 68 - 89.

خواهد داشت که مبلغ تعیین شده به قدری با خسارت واقعی نامتناسب باشد که نه عقل آن را بپذیرد و نه انصاف بدان حکم کند. کما اینکه در پرونده‌ای در سال ۱۹۰۵ طرفین به ازای هر هفته تأخیر از تحویل کشتی به متعهد (دولت اسپانیا) مبلغ ۵۰۰ پوند در نظر گرفته بودند، که دادگاه منافع از دست رفته در ایام تأخیر شده را به این مقدار موجه ندانسته است.[1]

در حالی که در فرض صورت سوم قصد طرفین پیش‌بینی خسارت واقعی است و پیشاپیش می‌دانند که وقوع تخلف خاص مستلزم ورود خسارتی خواهد بود که در هنگام عقد قرارداد به طور متعارف معلوم و مشخص است. لذاست که باید گفت، در این فرض دو امر مورد قصد طرفین بوده و از نظر آنها برای لازم الوفاء شدن مفاد شرط، آن دو امر موضوعیت دارند. نخست آنکه ورود خسارت موضوعیت دارد. یعنی صرف تخلف کافی برای مطالبه مبلغ تعیین شده در شرط نیست. بلکه تخلف متعهد باید حتماً منجر به ورود خسارت گردیده باشد. دوم اینکه خسارت وارده باید متناسب با مبلغ تعیین شده باشد. یعنی برخلاف صورت دوم که در حقوق کامن لا توضیح آن گذشت و کمتر یا بیشتر بودن مبلغ تعیین شده از خسارت واقعی تأثیری در اعتبار شرط نداشته و قاضی حق تعدیل آن را ندارد مگر اینکه بسیار گزاف و غیر معقول باشد، ولی در صورت سوم فرض این است که طرفین با نگاه به خسارت واقعی چنین مبلغی را در نظر گرفته و متناسب بودن مبلغ تعیین شده با خسارت وارده از نظر آنها موضوعیت داشته است.

از مجموع مطالب گفته‌شده چند نکته اساسی قابل استنباط است که تبیین دقیق آن نقش کلیدی در تعیین و تشخیص رابطه بین مسئولیت قراردادی و مسئولیت ناشی از شرط ضمن عقد خواهد داشت.

نکته اول اینکه، نقض عهد و تخلف متعهد در اجرای تعهد ممکن است مستلزم ورود دو نوع خسارت متفاوت بر اموال یا دارایی متعهدله شود. نوع اول خسارتی است که به دلیل اتلاف مال معین متعهدله، در اموال او حاصل آمده‌است. به تعبیر دیگر نقض عهد از سوی

---

1. Treitel, Op. Cit. P. 843 - Smith and Thomas, Op. Cit, P. 623. (Clydebank Engineering and shipbuilding Co V. Don Jose.

متعهد سبب می‌شود که مال معینی از متعهدله تلف شود. مثل اینکه حفر چاه در نزدیکی چاه متعهدله که به موجب شرط ضمن عقد از حفر آن منع شده‌است سبب شود آب آن قطع یا کاهش پیدا کند. این عمل متعهد و نقض کننده شرط، سبب تلف مال دیگری شده و به موجب قاعده اتلاف مسئول جبران خسارات ناشی از آن خواهدبود. اتلاف مال دیگری در هر صورت موجب ضمان و مسئولیت است و هیچ توافقی قبل از حدوث حادثه اتلاف هم مانع از تحقق مسئولیت متخلف (متلف) نخواهدبود. در چنین مواردی بدیهی است که شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد نمی‌تواند نه مسئولیت متخلف را منتفی سازد و نه از میزان آن بکاهد. هرچند که شرط به عنوان یك تعهد مستقل پس از وقوع تخلف و ورود خسارت ممکن است مورد توافق و اجرای طرفین قرار گیرد، اما در اصل مسئولیت ناشی از اتلاف تأثیری نخواهد داشت.

نوع دوم خسارتی است که مصداق اتلاف نیست و نقض عهد و تخلف متعهد موجب اتلاف مال طرف مقابل نشده‌است. بلکه نقض عهد او سبب شده‌است که از نظر عرف و عقلا ضرری متوجه متعهدله شود که ارزش مطلوب و مفیدی در اموال و دارایی شخص داشته یا می‌توانسته است داشته‌باشد، هرچند که به طور مشخص مالی معین تلف نشده‌است. مثل اینکه فروشنده قطعه‌ای زمین با خریدار شرط می‌کند که حق ندارد در زمین خریداری شده مدرسه احداث کند یا حمامی بنا نهد که در صورت نقض عهد ملك مسکونی فروشنده ارزش معاملی‌پیشین خود را از دست داده و به دلیل کاهش ارزش آن ضرر و زیانی متوجه فروشنده خواهدشد. یا چنانچه صاحب رستوران از تحویل و پذیرایی به موقع غذا در مجلس مورد نظر متعهدله خودداری ورزد، متعهدله مجبور خواهدشد ضمن تحمل خسارات معنوی خاص، همان غذا را با هزینه بیشتری تهیه کند که این نیز خسارتی است ناشی از نقض عهد متعهد.

خسارات نوع نخست از جمله خساراتی هستند که به پشتوانه حکم قانونی باید جبران شده و هیچ شرطی نمی‌تواند خلاف آن و به انگیزه نادیده گرفتن آن طرح گردد. در حالی که در خصوص خسارات نوع دوم، شروط ضمن عقد می‌توانند نقش فعال و مؤثری داشته‌باشند. لزوم جبران این قبیل خسارات به حکم قواعدی مثل اتلاف و تسبیب نیست.

آنچه در خصوص این قبیل خسارات قابل توجه است نکته دوم مباحث این قسمت است که ذیلاً بدان می‌پردازیم.

نکته دوم اینکه، شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد در جایی دارای اهمیت و کارکرد مطلوب و مؤثر است که خسارات مورد نظر و قابل پیش‌بینی از خسارات نوع دوم باشد. به تعبیر دیگر خسارت وارده نباید مصداق اتلاف اعم از اتلاف بالمباشره یا بالتسبیب باشد. بر این اساس باید شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد را به دو توافق منفك و متمایز از یکدیگر تحلیل کرد. توافق اول آن است که طرفین توافق می کنند، اگر متعهد تخلف کند و از انجام قرارداد خودداری ورزد باید خسارات وارده را جبران کند. توافق دوم هم آن است که می گویند «توافق می کنیم که اگر متعهد از انجام تعهد تخلف کند نقض عهد او مستلزم ورود خسارتی خاص خواهدشد که جبران آن با پرداخت مبلغ معینی هم امکان‌پذیر است.» مثلاً اگر متعهد در روز معینی چندین کامیون آجر مورد توافق را در محل معینی حاضر نکند، متعهدله ناچار است برای دستمزد تعداد معینی از کارگران مبلغی بپردازد که میزان آن پیشاپیش هم معلوم است. شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد در چنین مواردی نقش و جایگاه خود را نمایان می‌سازد. بنابراین آنچه در اینجا قابل بحث است اینکه ببینیم چنانچه طرفین قرارداد با توجه به خسارت واقعی و متناسب با آن مبلغی را بابت جبران خسارت در نظر گیرند، اگر اتفاقاً خسارت واقعی تفاوت چشمگیری با مبلغ تعیین شده داشته باشد تکلیف طرفین چیست؟ آیا متعهد له می تواند به بهانه اینکه خسارت واقعی به مراتب بیش از مبلغ تعیین شده است با استناد به مسئولیت قراردادی بیش از مبلغ مندرج در شرط، مطالبه خسارت کند؟ یا بر عکس، در صورتی که خسارت واقعی به مراتب کمتر از مبلغ پیش‌بینی‌شده باشد آیا متعهد می تواند با استناد به اینکه هدف اصلی طرفین در اندراج شرط و تعیین خسارت، جبران خسارت واقعی بوده و متناسب بودن مبلغ تعیین شده با خسارتی که پیش‌بینی می‌شده موضوعیت داشته است، از پرداخت مبلغی بیش از خسارت واقعی خودداری کند؟ در اینجا نظر به اقتضای بحث به پاسخ اجمالی سؤالات فوق بسنده می کنیم و صرفاً به رابطه و نسبت بین مسئولیت قراردادی و تعهد ناشی از شرط تعیین قراردادی

خسارت می‌پردازیم. سپس در بند چهارم از همین گفتار به تفصیل راجع به شرایط و چگونگی تغییر در قصد مشترك طرفین که به طور خاص با موضوع اجرای شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد مربوط است سخن خواهیم گفت.

هیچ اصل یا قاعده حقوقی وجود ندارد و هیچ قانونی هم وضع نشده که به موجب آن کسی بتواند از حقوق خود سوء استفاده کند و یا بناحق اموال دیگران را تصاحب نماید.

از سوی دیگر یکی از مهم‌ترین نتایج اصل حاکمیت اراده و پیروی از قصد مشترك طرفین در قراردادها این است که مفاد تعهدات ناشی از عقود، شروط یا قراردادها همانند قانون خصوصی فیمابین آنها محترم و الزام آور شناخته شود. این امر اقتضا دارد که نه یکی از دو طرف و نه قانونگذار و نه دادرس هیچ یك نتواند در اراده و قصد مشترك طرفین قراردادی دستبردی داشته و یا تعرضی بنمایند. فرض این است که این مصونیت از تعرض نه با قانون جدید و نه به بهانه انصافی که دادرس تشخیص می‌دهد و نه هیچ عامل دیگری خدشه دار نگردد. اصل آزادی قراردادی در حقوق ما که متکی بر ماده ۱۰ ق. م. شناخته می‌شود خصوصاً در مورد شروط، از سابقه تاریخی و فقهی بیشتری برخوردار است. تقریباً همه فقهای امامیه با استناد به «المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا»[1] یا مستنداً به آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»[2] هر عقد یا شرطی که مغایر با شرع و اخلاق نباشد و امر ناپسند و زشتی را مباح نگرداند، لازم الوفاء دانسته‌اند. همچنین این امر تا بدانجا قابل گسترش و تعمیم است که باید برای تفسیر قرارداد نیز در وهله اول به اراده طرفین رجوع کرد.

حاکمیت اراده که به عنوان یك اصل در فقه اسلامی مطرح بوده و فقه هم اساس مقررات حقوقی ایران محسوب می‌شود همواره با عبارت «العقود تابعة للقصود» شناخته

---

۱. شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص۲۷۷ (فی المروی عن امیر المؤمنین(ع) من شرط لامراته شرطا فلیف به لها، فان المسلمین عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احلّ حراما.ـ و فی صحیفة اخری المؤمنون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عزوجل...)

۲. قرآن مجید، مائده، آیه اول.

می‌شود[1] که طبعاً در هدف، حدود و آثار شرط تعیین قراردادی خسارت باید ملاك اصلی حکم قرار گیرد. در فقه، اصل حاکمیت اراده را حتی در خارج از قلمرو عقود با نام و بی‌نام یعنی در ایقاعات نیز پذیرفته‌اند. هر چند برخی ماده ۱۰ قانون مدنی ایران را الهام گرفته از حقوق اروپایی بویژه قانون مدنی فرانسه دانسته‌اند.[2] اما باید گفت اگر چه ممکن است در نگاه ظاهری و سطحی چنین چیزی درست باشد لیکن از حیث ماهیت، محتوی و مبانی قاعده مذکور با توجه به پیشینه‌ای که از فقه و حقوق اسلامی گفته شد سخن موجهی به نظر نمی‌رسد.

در هر حال بازتاب اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران را در مواد ۲۱۹ و ۲۳۰ می‌توان مشاهده کرد. در ماده نخست آمده است: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». این امر در خصوص شرط ضمن عقد صریح‌تر و گویاتر است که در ماده ۲۳۰ آن را چنین می‌خوانیم: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند».

حال با مقدمه‌ای که گفته شد، هر گاه متعهد در اجرای قراردادی تخلف نماید و طرفین نیز پیشاپیش برای جبران خسارات ناشی از نقض عهد چاره اندیشی کرده و مبلغی را در نظر گرفته باشند ممکن است دو الزام حقوقی و هر یك به گونه‌ای مستقل پا به عرصه تعارض با یکدیگر بگذارند. مسئولیت قراردادی، با اتکاء به مبانی خود که گفته شد، دامن متعهد متخلف را گرفته و او را ملزم به جبران خسارت می‌کند.[3] از سوی دیگر

---

۱. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۵۷.

۲. عبدالمجید امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، دوره ۲ جلدی، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ص ۹۹ - سید حسین صفایی، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۵، ص ۲۸ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، پیشین، ص ۱۴۵.

۳. در حقوق ایران ماده ۲۲۶ ق. م. در خصوص وظیفه متعهد برای جبران خسارت چنین اظهار داشته است: «در مورد عدم ایفای تعهدات از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و...».

شرط تعیین قراردادی خسارت نیز مدعی حاکمیت برنزاع طرفین بوده و به انگیزه کنار زدن قواعد عمومی مسئولیت قراردادی حضور قاطع خود را اعلام می کند. این تعارض و نزاع زمانی جدی و پیچیده‌تر می گردد که مدعای یکی از آن دو با دیگری متفاوت باشد. مسئولیت قراردادی مدعی است که خسارت واقعی وارده باید جبران شود و توافقهای زائد بر آن بی‌اثر است. اصل حاکمیت اراده که در چهره شرط ضمن عقد ظاهر گردیده است مدعی است آنچه طرفین در خصوص نقض عهد و جبران خسارت به توافق رسیده‌اند راه عادلانه‌تری برای تأمین نظم در روابط مالی آنهاست و بهتر است به جای دخالت قانونگذار توافق آنها را محترم به شماریم. تقدم اصل حاکمیت اراده حتی در جایی که شائبه امانتداری وجود داشته و علی‌القاعده تحمیل اراده‌ای خلاف آنچه قانونگذار بر عهده یك طرف گذاشته است را نیز چندان منطقی نمی‌داند، موجه دانسته شده است. مثلاً در قراردادهای امانتی ـ نیابتی همانند عاریه، مضاربه و اجاره نیز که معمولاً مسئولیت قراردادی با ملاحظه اخلاق و وجدان عمومی به موجب قانون کم رنگ یا منتفی تلقی می‌شود اما در عین حال بسیاری از صاحب‌نظران، شرط خلاف آن را مجاز شمرده‌اند.[۱] کما اینکه امروزه در غالب اجاره نامه‌های رسمی توافق می کنند که، مستأجر ضامن تلف یا نقص مورد اجاره باشد و طی ضابطه‌ای هم ممکن است میزان ضمان را معین کنند.

اما در عین حال و به‌رغم آنچه گفته شد در همه جا و در تمام قراردادها و شروط ضمن آنها اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده مقدم داشته نمی‌شود. این آزادی دارای حدود و عوامل محدود کننده‌ای است که تقریباً در غالب نظامهای حقوقی جهان مورد توجه و اهتمام قرار دارد. شرط تعیین قراردادی خسارت نیز اگر چه متکی به اصل آزادی

---

۱. سید حسن امامی، **حقوق مدنی**، ج ۲، پیشین، ص ۴۰ آورده است: در ضمن عقد اجاره می توان ضمان مستأجر را در صورت عدم تعدی و تفریط شرط نمود. شرط مزبور از شروط فاسده مذکور در ماده ۲۳۲ ق. م. نمی‌باشد و نمی‌توان آن را خلاف مقتضای عقد اجاره دانست ـ ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، پیشین، ص ۳۱۸ ـ همچنین برای دیدن آرای دیگر موافقان و مخالفان مراجعه شود به ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، معاملات معوض ـ عقود تملیکی**، چاپ چهارم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۱، ص ۳۱۸، شماره ۳۰۲.

قراردادی بوده و در نگاه اول مقدم بر مسئولیت قراردادی به نظر می‌رسد، اما عوامل محدود کننده‌ای هستند که در موارد بسیاری مانع از نفوذ و اعتبار و یا حداقل از تقدم مطلق آن بر مسئولیت قراردادی وقواعد مربوط به آن می‌شوند.

قانون، اخلاق و نظم عمومی از جمله مهم‌ترین عوامل محدود کننده‌ای هستند که در غالب نظامهای حقوقی جهان بویژه در حقوق ایران[۱] و کامن‌لا[۲] به میزان زیادی از نفوذ و اعتبار قراردادهای خصوصی همانند شرط تعیین قراردادی خسارت، وجه التزام و نظایر آنها جلوگیری می‌نمایند. به تعبیر دیگر آزادی طرفین در این قبیل قراردادها را محدود می‌کنند.

در مباحث آتی و فراز پایانی این فصل که بحث اجرای شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد مدنظر قرار می‌گیرد درخصوص عوامل مزبور مطالعه مفصل و مبسوطی خواهیم داشت.

گفتار سوم- عوامل و زمینه‌های ظهور مسئولیت ناشی از شرط ضمن عقد
(شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد)

قبل از اینکه ماهیت و نوع مسئولیت ناشی از شرط ضمن عقد، خصوصاً تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد را مورد مطالعه قرار دهیم، لازم است عوامل و چگونگی ظهور مسئولیت ناشی از تعیین قراردادی خسارت را بررسی کنیم.

برای اینکه تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد به عنوان یك تعهد فرعی

---

۱. در حقوق ایران با وجود مواد ۹۷۵،۱۰ و کلیه موادی از قانون مدنی و غیره که برای صحت معاملات و قراردادها شروطی را در نظر گرفته‌اند از جمله مقرراتی هستند که عوامل محدود کننده اصل آزادی قراردادی را بیان داشته‌اند.

۲. در حقوق کامن‌لا نیز برای صحت معاملات شرایطی قائل هستند که به تفصیل در فصل دوم بدانها پرداخته‌ایم. برای مطالعه ر.ك:

1- C.J.S., Op.Cit., P. 1025.

2- The Oxford companion to Law Op. Cit., P. 267.

3- Delaume (G.R) Transnational Contracts, Op. Cit., P. 35.

موجب و مولد يك اثر لازم الوفاء گردد و در مقام اجرا منشأ مسئولیتی شود که مورد حمایت قانون واقع گردد، نیازمند به چند چیز است:

۱ـ وجود قرارداد صحیح

۲ـ تخلف از اجرای تعهد اصلی

۳ـ انتساب تخلف به متعهد

۴ـ ورود خسارت

۵ـ وجود رابطه سببیت بین تخلف و ورود خسارت

برای روشن شدن هر يك از موارد فوق به تفصیل آنها را مورد بحث قرار می‌دهیم.

بند اول ـ وجود قرارداد صحیح (شرط ضمن عقد صحیح)

منظور از قرارداد در اینجا، همان شرط ضمن عقد یا تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد است. به بیان دیگر نباید این قرارداد را با قرارداد اصلی که مسئولیت ناشی از آن هم با مسئولیت ناشی از این قرارداد متفاوت است اشتباه گرفت. تعیین قراردادی خسارت هر چند يك شرط ضمن عقد است اما به نوبه خود قرارداد مسلمی است که دارای آثار و تبعات خاص خود بوده و با آثار قرارداد اصلی که شرط مزبور در ضمن آن گنجانده شده فرق دارد. این شرط برای اینکه اثر اجبار کنندگی خود را ظاهر سازد نیازمند تحقق عناصر و ارکان مندرج در مفاد و محتوای خود است. از جمله، برای اینکه منشأ اثر و مبدأ التزام و تعهدی شود که متعاهدین اراده کرده‌اند بدیهی است که خود باید قراردادی صحیح و کامل بوده و شرایط اساسی برای صحت يك قرارداد را دارا باشد. بنابراین شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد در صورتی که صحیح منعقد نشده باشد، به عنوان مثال وجود آن مبهم و نامعلوم باشد و یا به بیان دیگر، چنانچه در اصل وجود چنین شرطی تردید شود، باید گفت اصل عدم وجود چنین قراردادی است و برای جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد اصلی باید به قواعد عمومی جبران خسارت عمل شود. همچنین علاوه بر وجود قرارداد تعیین کننده خسارت، باید قرارداد مزبور صحیح باشد والّا قرارداد (شرط ضمن عقد) غیر صحیح، همانند شرط باطل خواه تنها

خود باطل باشد و خواه مبطل عقد هم بشود، منشأ اثری در مقام اجرا نخواهد بود و مسئولیتی از آن بر نخواهد خواست تا بر اساس آن مشروط علیه را وادار به پذیرش آن نمود.

در هر حال با مقدمه‌ای که گذشت باید یادآور شویم، اگر چه در آنچه گفته شد وجود قرارداد تعیین کننده خسارت را برای ایجاد مسئولیت مورد اراده مشترك طرفین لازم دانستیم، اما در اینکه خسارات ناشی از تخلف متعهد در اجرای تعهد اصلی باید جبران شود در هیچ یك از نظامهای حقوقی معتبر جهان محل تردید و شك نیست. به بیان دیگر، در اینکه متعهد موظف است زیان دیده را در وضعیتی قرار دهد که قبل از ورود خسارت قرار داشته است، به قدری در عرف روشن و قطعی است که گفته می‌شود اگر طرفین از موضوع توافق و شرط تعیین قراردادی خسارت غفلت کنند دادگاه باید بر اساس تشخیص عرف، متعهد را وادار به جبران خسارت نماید. برخی علاوه بر اعتقاد به اینکه صرف وقوع تخلف و انقضای مهلت لازم برای اجرای تعهد کافی برای لزوم جبران خسارت است،[۱] پا را فراتر گذاشته و حکم ماده ۲۲۱ ق. م.[۲] مبنی بر اینکه جبران خسارت باید در عقد یا عرف یا قانون تصریح شده باشد را زائد دانسته‌اند.[۳]

بر اساس اصول و قواعد پذیرفته شده در کلیه نظامهای حقوقی در خصوص جبران خسارت[۴] تردیدی نیست که اصل «جبران کامل خسارت وارده» به قدری قطعی و مقبول است که در نگاه نخستین چنین می‌نماید که اساساً نیازی به تنظیم شرط یا قرارداد جداگانه‌ای برای تعیین میزان احتمالی خسارت و چگونگی جبران آن نباشد. اما باید گفت

---

۱. مهدی شهیدی، جزوه حقوق مدنی ۳، پیشین، ص ۵۲.

۲. ماده ۲۲۱ ق. م. ایران: اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.

۳. ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی**، ج ۱، پیشین، ص ۳۴۵.

۴. در حقوق کامن‌لا گفته شده است، چنانچه جبران خسارت در قانون و مقررات به نحو کافی در نظر گرفته شده باشد نیازی به استفاده از قواعد انصاف نیست والّا مدعی می‌تواند بر اساس قواعد انصاف خسارات وارده بر خود را مطالبه نماید.

(John F.O'connell, Remedies, Op. Cit, PP.50-51.)

تعیین قراردادی خسارت در جای خود دارای مزایا و محاسنی است که به هیچ وجه با وجود اصل مذکور، اهمیت آن را نمی‌توان نادیده گرفت. برای آشنایی بیشتر با مسئله، ذیلاً به پاره‌ای از محاسن و همچنین معایب شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد اشاره می کنیم.

الف-مزایا و محاسن شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

اگر چه تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد ممکن است در پاره‌ای موارد موجب بروز مشکلاتی برای طرفین و نیز دادگاه بشود اما در شرایطی بسیار مفید و سودمند است. از جمله مزایایی که برای این شرط می توان بر شمرد عبارتند از:

۱- ایفای نقش ضمانت اجرا یا تضمین کننده اجرای تعهد اصلی: پیش از این گفتیم که یکی از ضمانتهای اجرا می تواند همین شرط تعیین قراردادی خسارت باشد. چنین به‌نظر می‌رسد که در بسیاری از قراردادها درج شروطی مثل شرط مورد بحث یا شرط وجه التزام قبل از اینکه مبتنی بر هدف تحصیل مال یا پول باشد و این چهره از شرط بر هدف اصلی متعاملین مقدم داشته شود، در واقع آنچه هدف اصلی تلقی می‌شود استفاده از خاصیت بازدارندگی شروط مزبور است. به بیان دیگر عقلاء در معاملات و قراردادها از همان ابتدا دو هدف موازی را تعقیب نمی کنند. یعنی این طور نیست که در نزد آنها اگر تعهد اصلی برآورنده خواسته آنها نشود با درج شرط تعیین خسارت به‌عنوان بدل از تعهد اصلی جایگزین دیگری را مدنظر قرار داده باشند.[1] بلکه طرفین به منظور محافظت از قرارداد و اطمینان از اجرای صحیح آن و نیز جلوگیری از ضرر و زیان ناشی از تخلف از اجرای تعهد اقدام به درج شرط خسارت می کنند. این چهره از شرط هدف نخستین است، که التبه حس سودجویی و بهره‌بری از روابط حقوقی-اجتماعی نیز سبب می‌شود تا برای جلوگیری از رفتارهای بی‌حاصل و بیهوده، انگیزه تحصیل پول یا مال را هم مد نظر قرار دهند.

بنابراین در صورتی که شرط خسارت یا شرط مشابه آن مثل وجه التزام متضمن مبلغ زیادی باشد این فایده را خواهد داشت که وسیله‌ای برای اجبار متعهد به اجرای تعهد

---

1. Corbin Op. Cit. P. 339.

اصلی محسوب شود.[۱]

در خاتمه باید افزود، در حقوق انگلیس هم که بین شروط کیفری با فرض اینکه دارای هدف مجازات نقض کننده قرارداد منعقد می‌شوند و شروط مربوط به جبران خسارت، اگر چه تفاوت گذاشته‌اند و شروط دسته اول را معتبر نشناخته‌اند،[۲] اما در عین حال شروط مربوط به جبران خسارت در هر صورت خاصیت تضمین کننده بودن خود را از دست نخواهند داد. ضمن اینکه در ایالت لوئیزیانای آمریکا به پیروی از حقوق فرانسه،[۳] در حقوق نظامهای سوسیالیستی[۴] و همچنین در ایران دارا بودن جنبه کیفری و تهدید متعهد برای اجرای تعهد نیز امری مغایر با قانون شناخته نشده است. در خاتمه این فراز باید اضافه کنیم که تشویق ابتکارات با کم کردن ترس و نگرانی از تخلف متعهد و همچنین کاهش هزینه تولید با جایگزین کردن این شرط به جای حق بیمه نیز از مزایای این شرط به شمار می‌رود.

۲ـ تسهیل امر دادرسی: بی تردید به محض نقض عهد و تخلف متعهد در اجرای تعهد، فرایند پیچیده و پر هزینه دادرسی و نهایتاً صدور دستور جبران خسارت زیان دیده از سوی دادگاه، بویژه آنکه دعوا واجد جنبه بین‌المللی باشد، شروع می‌شود که به نوبه خود امری است بسیار مهم و تعیین کننده. چه بسیارند زیان دیدگانی که به دلیل عدم توانایی اثبات حقوق خود علاوه بر تحمل خسارات ناشی از نقض عهد از سوی طرف مقابل، هزینه گزافی را هم برای اثبات وقوع تخلف و نیز اثبات ورود خسارت می‌پردازند اما سرانجام در پیچ و خم تفاسیر غیر واقعی قضات و داوران حتی مجبور می‌شوند از تعقیب حق خود صرف نظر کنند. در حالی که ممکن است با درج شرط ساده‌ای در قرارداد اصلی، خود و دادگاه را از یك معضل مهم رسیدگی و قضاوت نجات دهند. بخوبی روشن است که هر گاه متعاملین ضمن قراردادی شرط کنند که هر گونه تخلف و نقض قرارداد مستلزم خسارتی خواهد بود

---

۱. ابوحشمت (ابوستیت)، پیشین، ص ۴۴۲.

2. Treitel, Op. Cit, P. 899.

3. C.J.S. Op. Cit. P. 1025-6 - Barry. Nicholas, Op. Cit. P.22.

۴. رنه دیوید، پیشین، ص ۲۹۷.

که از دید طرفین در زمان عقد معلوم است و با این فرض کیفیت و چگونگی جبران آن نیز چنین یا چنان باشد، علی القاعده بخش وسیعی از منازعات در صورت نقض قرارداد منتفی خواهد بود. در چنین صورتی به محض وقوع تخلف و اثبات آن از سوی مدعی، قاضی بسادگی قادر خواهد بود هم میزان خسارت و هم کیفیت جبران آن را مورد حکم قرار دهد. حتی ممکن است به دلیل روشن بودن نتیجه نهایی دادرسی در نزد طرفین، بدون مراجعه به محاکم داوری یا قضایی با صلح و تراضی، نزاع فیمابین را خاتمه داده و خود را از گزند حوادث تلخ و پر هزینه دادرسی مصون دارند.

بنابراین کاهش وقت و هزینه‌های ناشی از دادرسی‌های طولانی و به تبع آن در گیر بودن مقداری از سرمایه طرفین ولزوم سرعت در امر تجارت[1] و غیره همگی حکم می کنند تا هر راهی که به موجب قانون مستلزم منافع بیشتر و خسارات کمتر است در هنگام عقد قرارداد در نظر گرفته شود. بی‌شك یکی از این راهها توافق بر سر چگونگی جبران خسارات ناشی از نقض عهد است.

۳ـ مزیت عملی و فنی ـ یکی از مزایای تعیین قراردادی خسارت، مزیت فنی و عملی آن است. در جوار اغلب قریب به اتفاق محاکم دنیا مؤسسات و کانونهای کارشناسان فنی و حسابرسی و غیره وجود دارند که به تبع دستور دادگاه و به منظور تشخیص بی طرفانه وقایع و حوادث به وجود آمده مقدمات صدور حکم مناسب برای محاکم را فراهم می سازند. اما این شیوه علاوه بر اینکه مستلزم هزینه‌ای چه بسا گران بر دوش طرفین یا مدعی زیان دیده در موضوع مورد بحث خواهد بود، در عمل نیز ممکن است نزدیکترین راه برای تشخیص خسارت و همچنین واقعی ترین آن نباشد. حتی ممکن است در پاره‌ای موارد تقویم واقعی خسارت از سوی کارشناس دادگستری که به اندازه طرفین قرارداد وقوف کافی بر مفاد قرارداد ندارد ممکن نگردد.[2] در اغلب موارد طرفین قرارداد از هر کس دیگری به تبعات و آثار ناشی از تخلف و نقض قرارداد آگاهترند. خصوصاً اگر طرفین رقیب تجاری هم باشند

---

1. Corbin, Op. Cit, P. 353 - Lawson, Amos and walton's Introduction to French Law, 3rd ed., Oxford at the clarendon press, 1969, P.189.
2. Corbin. Op. Cit, P. 348.

و در صورت نقض تنها طرفین یا فقط خود طرف نقض کننده به میزان خسارتی که وارد آمده است آگاه باشد. بنابراین به نظر می‌رسد از نظر فنی و عملی تقویم و تعیین پیشاپیش خسارات احتمالی در اثر نقض عهد، نقش بسیار مهمی در مقام عمل و اجرا داشته باشد که واگذاری آن به تصمیم دادگاه و نشستن در پشت در دادگاه آن هم برای مدت طولانی چندان منطقی و معقول نباشد، الّا در صورت وجود شرایط خاص.

۴ـ مزیت نسبی ارزشی: شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد برخلاف شرط وجه التزام از ارزش نسبی بیشتری برخوردار است. همان گونه که سابقاً نیز گفته‌ایم در بسیاری از کشورها از وجه التزام صرفاً برای تضمین اجرای قرارداد استفاده می‌شود. یعنی جنبه تنبیهی و جریمه بودن آن بسیار مورد توجه است.[۱] از سوی دیگر بر اساس قواعد عمومی جبران خسارت، ورود ضرر و خسارت از ارکان تحقق مسئولیت است. طبق قواعد مزبور هر گاه تخلف از اجرای تعهد مستلزم ورود خسارتی به متعهدله نباشد، چندان مسئولیتی متوجه متعهد (متخلف) نخواهد بود. بنابراین در کشورهایی که استفاده از شرط وجه التزام خصوصاً برای جریمه تخلف از اجرای تعهد ـ هر چند غیر منتهی به ورود خسارت ـ معتبر شناخته شده است موجب خواهد شد تا زمینه مناسبی برای سوء استفاده طرف قوی‌تر و خسارت بیشتر طرف مضطر و ضعیف‌تر شود. از آنجا که شرط وجه التزام صرف نظر از ورود خسارت در نظر گرفته می‌شود لذا ممکن است در پاره‌ای موارد مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. به همین دلیل در حقوق کامن‌لا حتی برخی بر این عقیده‌اند، چون قراردادها به خودی خود الزام‌آور هستند، لذا اساساً درج چنین شرطی مخالف نظم عمومی است.[۲]

نهایتاً در این نظام حقوقی گفته می‌شود در صورت درج شرط وجه التزام مبلغ تعیین شده نباید به گونه‌ای غیر معقول باشد که اصل پرداخت غرامت عادلانه را نقض کند و الّا قابل

---

۱. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ص ۱۶۶ به بعد ـ آقای دکتر ربیعا اسکینی در خصوص شرایط وجه‌التزام شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ را الزامی دانسته‌اند، پیشین، ص ۷۶ به بعد ـ سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۵۲.

2. Corbin. Op. Cit, P. 386.

اعتنا نیست.[۱]

برخلاف شرط وجه التزام که بسیار مهم، رایج و شایع است، شرط تعیین قراردادی خسارت دارای این مزیت است که همواره ناظر به ورود خسارت و تحقق ضرر است. به تعبیر دیگر این شرط در واقع تعیین پیشاپیش خسارت است. لذا چنانچه قراردادی در مقام اجرا نقض شود ولی خسارتی متوجه متعهد له نگردد، متعهدله حق ندارد به بهانه درج شرط مزبور مطالبه خسارت نماید. در نتیجه آنچه بر مزیت این شرط می افزاید عدم امکان سوء استفاده، به گونه‌ای که در شرط وجه التزام گفته شد، در این شرط است. اگر چه به نظر می‌رسد در شرط وجه التزام نیز هر چند دارای جنبه تنبیهی و مجازات هم باشد، نباید قائل به مغایرت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه شد، آن گونه که در حقوق کامن لا گفته شده است.[۲] اما بی تردید این امر در شرط تعیین خسارت بسیار بعید است. خصوصاً اینکه تعیین پیشاپیش خسارت بر اساس نظر کارشناسانه و دقیق صورت گرفته باشد. همچنین چنانچه در مشروعیت مطالبه وجه التزام پس از نقض عهد تردید و شبهه‌ای وجود داشته باشد، اما مشروعیت مطالبه خسارت تعیین شده در صورت نقض عهد و ورود خسارت، به هیچ وجه جای تردید نخواهد بود.

۵ـ معافیت مشروط له از الزام به محاسبه دقیق خسارت واقعی: این مزیت بدان معناست که هر گاه مبلغی به عنوان خسارت نقض عهد پیش‌بینی شده باشد و طرفین بر مبنای محاسبه و کارشناسی دقیق مسئله، پیشاپیش خسارات ناشی از تخلف متعهد را برآورد کرده باشند، چنانچه پس از وقوع تخلف و علم به حصول خسارت، امکان محاسبه دقیق خسارت واقعی ممکن نباشد متخلف نمی‌تواند به بهانه احتمال کمتر بودن خسارت واقعی از پرداخت مبلغ پیش‌بینی‌شده خودداری کند. مثلاً بازرگانی از کشور ایران ضمن

---

1. Treitel, Op. Cit. P.768 - C.J.S. Op. Cit. Vol. 25. P. 1021.

۲. کمااینکه در حقوق ایران طبق ماده ۲۳۰ ق. م. شرط وجه التزام صرف نظر از اینکه دارای چه جنبه‌ای است معتبر و نافذ شناخته شده است. در قانون مدنی کشورهای سوئیس و آلمان، دادگاه می‌تواند تناسب وجه التزام را با خسارت واقعی ناشی از عدم انجام تعهد مورد بازرسی قرار دهد. فرانسه نیز پس از مدتها مقاومت بالاخره در سال ۱۹۷۵ به این گروه پیوست. ر. ك. ناصر کاتوزیان، ضمان قهری ـ مسئولیت مدنی، پیشین، ص ۲۱۶ و قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، پیشین، ص ۲۴۲.

خرید یك هزار دستگاه خودروی سواری خاص از تولید کننده ژاپنی شرط می کند که فروشنده حق ندارد همان محصول و خودرو را به نماینده و عامل فروش دیگری در ایران بفروشد. از آنجا که طرفین پیش‌بینی می کنند به ازای ورود هر دستگاه سواری اضافه ممکن است X مقدار از قیمت فروش آن در ایران بکاهد، لذا پیشاپیش حدود تقریبی خسارت احتمالی را برآورد کرده و مبلغی را به‌عنوان خسارت و به صورت شرط ضمن عقد بابت تخلف فروشنده در نظر می گیرند. حال چنانچه پس از انعقاد قرارداد طرف ژاپنی تخلف کند و از سوی دیگر تورم یا ورود خودروی دیگری از کشور ثالث هم، توأمان باعث کاهش قیمت اتومبیل در ایران بشوند، از آنجا که امکان محاسبه دقیق خسارت ناشی از عملکرد طرف ژاپنی دقیقاً قابل محاسبه نیست، طرف ژاپنی حق ندارد به بهانه اینکه میزان خسارت واقعی ناشی از تخلف او معلوم نیست، از پرداخت مبلغ پیش‌بینی‌شده خودداری کند. بلکه چنین به نظر می‌رسد علم به ورود خسارت حاصله از تخلف متعهد، به طور متعارف، کافی برای معافیت مشروط له از محاسبه دقیق خسارت واقعی ناشی از عملکرد متخلف است. خصوصاً در موردی که امکان محاسبه دقیق خسارت واقعی وجود نداشته باشد، تردیدی نیست که معافیت مشروط‌له از اثبات خسارت واقعی را باید پذیرفت.

ب- معایب شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

اگر چه شرط تعیین قراردادی خسارت با توجه به اینکه ناظر به تحقق خسارت بوده و به‌علاوه مسئله دادرسی را سهولت بیشتری می‌بخشد و از جهات عدیده‌ای نسبت به شرط وجه التزام برتری‌هایی دارد. اما در عین حال این شرط نیز معایبی دارد که ذیلاً اشاره می کنیم:

۱- در شرط وجه التزام صرف وقوع تخلف برای تحقق حق مطالبه مبلغ پیش‌بینی شده کافی است، در حالی که در شرط تعیین خسارت مدعی تخلف باید ورود خسارت را هم اثبات کند. یعنی اگر چه طرفین پیشاپیش تعیین می کنند که چه نوع تخلف یا نقص عهدی مستلزم ورود چه میزان خسارت است و در نتیجه برای جبران آن مبلغی را هنگام عقد قرارداد یا پس از آن- البته قبل از وقوع تخلف- در نظر می گیرند، اما چه بسا ممکن است به‌رغم وقوع تخلف مورد نظر، خسارت پیش‌بینی شده وارد نشود. مثلاً طرفین توافق

می کنند، خریدار قطعه زمین خاص حق ندارد در زمین خریداری شده کارخانه تولید سیمان احداث کند. علت این امر را نیز پراکنده شدن ذرات گرد و غبار و ضایعات سیمان حاصله از هواکش کارخانه در مزارع اطراف دانسته که مستلزم وارد آمدن فلان مقدار خسارت، به کشاورزی منطقه می‌دانند. لذا برای جلوگیری از تخلف خریدار، شرط می کنند در صورت احداث کارخانه سیمان، خریدار موظف است سالانه X مقدار بابت خسارت وارده به کشاورزان منطقه بپردازد. اما با گذشت زمان و اصلاح تکنولوژی ساخت کارخانه تولید سیمان و تولید ابزار آلات جدید تهویه و تنظیم هوا وضعیت به گونه‌ای می‌شود که احداث کارخانه سیمان هیچ ضرر و خسارتی برای مزارع کشاورزی اطراف کارخانه پدید نمی‌آورد. به طور مثال به جای اینکه هواکش‌ها یا دودکش‌های کارخانه دود و ذرات گرد و غبار را در هوا رها کنند به درون چاههایی در اعماق زمین هدایت می نمایند. در چنین وضعیتی به‌رغم تخلف خریدار و نقض عهد او که به صرف احداث کارخانه حاصل می‌شود، اما ممکن است هیچ خسارتی متوجه فروشنده یا مشروط له نشود. حال چنانچه مبلغ پیش‌بینی شده بابت خسارت احتمالی باشد، آیا می توان متخلف را مجبور به پرداخت مبلغ پیش‌بینی شده کرد؟ روشن است که چنین اجباری از انصاف و منطق عقلایی بدور است. در حالی که اگر همان مبلغ به عنوان شرط وجه التزام در نظر گرفته شده باشد می توان گفت صرف وقوع تخلف حق مطالبه برای متعهد له را موجه می نمایاند. بنابراین هر گاه شرطی که بابت تعیین پیشاپیش خسارت در نظر گرفته می‌شود، صرف وقوع تخلف کافی برای حق مطالبه خسارت از سوی متعهدله (مشروط له) نخواهد بود. بلکه اثبات ورود خسارت از سوی او نیز لازم است. البته این نقیصه زمانی برای شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد قابل تصور است که نفس ورود خسارت، در شرط مورد توافق موضوعیت داشته باشد، والّا چنانچه نقش شرط، نقش اماره بودن باشد این عیب تا حدودی منتفی است.

۲ـ امکان بروز تعارض بین شرط و نتیجه حاصله از اِعمال قواعد عمومی جبران خسارت وجود دارد. شرط تعیین قراردادی خسارت اگر چه اغلب بر اساس نظریه کارشناسانه طرفین در خصوص میزان احتمالی ورود خسارت در آینده منطقی تر از برآوردهای کارشناسان محاکم فرض می‌شود، لیکن از آنجا که به هر حال امکان هر گونه

تغییرات احتمالی در آینده داده می‌شود و تعیین پیشاپیش خسارت قبل از وقوع تخلف هم تا حدودی در مظان تردید و احتمال قرارداد، لذا محتمل است در پاره‌ای موارد با خسارات واقعی قابل تطبیق نباشد. در چنین صورتی چنانچه اختلاف فیمابین به قدری زیاد باشد که قبول میزان پیش‌بینی شده مستلزم عدول از مسیر عدل و انصاف باشد، علی‌القاعده پناه بردن به قواعد عمومی تنها چاره کار خواهد بود. در نتیجه، اگر چه شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد مزایای پیش گفته را به‌دنبال دارد اما با فرض تعارض با نتیجه حاصله از اعمال قواعد عمومی جبران خسارت، حل این تعارض و تقدم یکی بر دیگری مستلزم گذر از پیچ و خم‌های جدی مباحث حقوقی و فنی آن برای محاکم خواهد بود. در حالی که در بدو امر حداقل در بسیاری از نظامها خصوصاً در حقوق ایران شرط وجه التزام از این نقیصه برخوردار نیست.

به علاوه محاسبه پیشاپیش خسارت علاوه بر مشکل فوق الذکر از حیث دیگر هم مشکلاتی را به دنبال دارد. برای مثال، محاسبه خسارت وارده که قبل از وقوع ضرر انجام می‌شود آیا باید بر مبنای ارزش زمان تحقق ضرر صورت گیرد، یا بر اساس قیمت زمان عقد و یا زمان پیش‌بینی شده برای انجام تعهد؟ هر یك از این زمانها با توجه به تغییرات و نوسانات فراوان عوامل اقتصادی و ارزش پول و غیره در میزان مسئولیت و چگونگی جبران خسارت وارده تأثیر بسزایی دارند. این مشکل خصوصاً در جایی که بین میزان پیش‌بینی شده به موجب شرط با میزان برآورد شده حسب قواعد عمومی جبران خسارت (طبق محاسبه دادگاه) تعارض داشته باشد از وضعیت پیچیده‌تری برخوردار خواهد بود.

۳ـ اگر چه شرط تعیین قراردادی خسارت به نوبه خود در امر تسهیل دادرسی بسیار مفید و سودمند است، اما در مقایسه با شرط وجه التزام از عیب دیگری برخوردار است. بدین معنا که تعیین وجه التزام مشروط له را از اثبات ورود خسارت و تعیین میزان آن معاف می‌سازد. صرف وقوع تخلف برای متعهدله حق مطالبه وجه التزام را به‌دنبال خواهد داشت. در حالی که در شرط تعیین قراردادی خسارت صرف وقوع تخلف کافی نیست، بلکه اثبات اصل ورود خسارت نیز بر عهده مشروط له است، اگر چه به محض اثبات آن از اثبات میزان و چگونگی جبران آن بی‌نیاز است. زیرا فرض چنین است که خسارت وارده مطابق با

پیش‌بینی طرفین است. مثلاً همان گونه که در مثالهای پیشین گفته شد، هر گاه فروشنده تولیدات خاص به نماینده انحصاری خود در کشور دیگر، از شرط عدم فروش به غیر نماینده تخلف کند و در اثر این تخلف ارزش کالای خریداری شده توسط نماینده کاهش پیدا کند بخوبی روشن می‌شود که اولاً فروشنده از تعهدات فیمابین تخلف کرده، ثانیاً ورود خسارت نیز مسلم است. اثبات این دو امر اگر چه برای مشروط له آسان و سهل است اما اثبات هر دو برای حق مطالبه میزان خسارت پیش‌بینی شده لازم هستند و بنابراین شرط تعیین قراردادی خسارت این فایده را خواهد داشت که او را از اثبات میزان خسارت وارده و چگونگی پرداخت آن آسوده و معاف می‌سازد. در صورتی که در شرط وجه التزام اثبات صرف تخلف بدون نیاز به اثبات ورود خسارت کافی است. مضافاً اینکه در صورت گزاف نبودن مقدار آن، از محاسبه میزان خسارت نیز معاف خواهد ساخت.

در هر حال با توجه به مزیتهای نسبی که برای شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد برشمردیم، بی تردید باید گفت مزایای آن بر معایب آن غلبه داشته و خصوصاً که در حقوق کامن شرط وجه التزام غیر مطابق با خسارت وارده که چهره تنبیهی آن برجسته باشد باطل محسوب می‌شود. لذا چنین به نظر می‌رسد شرط تعیین قراردادی خسارت راه حل مناسب و جایگزین مطلوبی باشد.

بند دوم ـ تخلف از اجرای تعهد (قرارداد) اصلی و انواع آن

بی‌شك شرط تعیین قراردادی خسارت، تعهدی است تبعی که در سایه قراردادی اصلی توجیه حضور یافته است. اگر چه به اعتبار خاصیت محافظت از قرارداد، برای طرفین ارزش مهمی دارد، اما هدف بالاصاله‌ای برای آنان نیست. به همین دلیل مادامی که طرفین از توجه جدی به قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از قرارداد اصلی منصرف نشده و از آن عدول نکرده‌اند، سخنی از شرط و تعهدات ناشی از آن به میان نیست. بنابر این زمانی پای شرط در میان است و سخن از مسئولیتهای ناشی از شرط به میان کشیده می‌شود که طرفین یا کسی که شرط علیه او شده است از حسن انجام تعهد سرپیچی کند. به بیان دیگر هنگامی زمینه ظهور تعهد مندرج در شرط فراهم می‌شود که متعهد، فلسفه وجودی شرط را که

جلوگیری از تخلف است، نادیده بگیرد. بخوبی روشن است، مادام که تخلفی از سوی متعهد صورت نگرفته باشد، مشروط له حق بازخواهی از مشروط علیه را با اتکاء به حقوق ناشی از شرط نخواهد داشت.

حال که وضعیت چنین است، ناگزیریم موضوع تخلف و اَشکال مختلف آن را بررسی کنیم تا کلیه آنچه که سبب پدیدار شدن مسئولیت مندرج در شرط می‌شود آشکار گردد. لازم به ذکر است، در گفتار اول به دلیل لزوم اشاره به کلیات و مفاهیم مندرج در عنوان کتاب حاضر، اشاره‌ای به مسئله تخلف از اجرای تعهد نمودیم، اما در آنجا وعده کردیم که در جای مناسب به تفصیل آن را مورد بررسی قرار دهیم. اینك موضوع تخلف از اجرای تعهد را که وقوع آن شرط لازم برای به میان کشیده شدن شرط تعیین خسارت است مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

روشن است که تخلف از اجرای تعهد امری است مذموم و غیر مجاز که بی‌شك هیچ نظام حقوقی متعادل آن را نمی‌پذیرد. بلکه در تمام نظامهای حقوقی شناخته شده، فرض چنین است که متعهد باید تمام تلاش خود را به کار گیرد تا مفاد قرارداد بدرستی انجام شود. اما از این واقعیت هم نمی‌توان صرف نظر کرد که به هر تقدیر در روابط فیمابین بسیاری از دولتها، بازرگانان و تجار و غیره هر روزه شاهد عدم اجرای تعهداتشان هستیم و چه بسا بتوان گفت وجود این همه دادگاهها و محاکم داخلی و بین‌المللی جای کمترین تردیدی در این مسئله باقی نمی‌گذارد، لذا وقوع تخلف امری است طبیعی و فراوان. لیکن نکته‌ای که شایان توجه است اینکه، قوانین و مقررات داخلی کشورها در برخورد با متخلف و نوع مجازات متخلفین یکسان نبوده و از این رهگذر پیچیدگی‌های فراوان فنی و حقوقی را به‌دنبال داشته است. در حقوق ایران عدم انطباق آنچه متعهد اجرا کرده است با مفاد قرارداد، سبب بروز حقوقی برای متعهدله می‌شود که تا حدودی با سایر کشورها متفاوت است. در عین حال نیز از اشتراکات فراوانی با برخی از آنها برخوردار است. در قوانین ایران صریحاً آمده است متعهدله را نمی‌توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر از آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید، هر چند آن شیء ارزشی معادل موضوع تعهد یا بیشتر از آن داشته باشد.[۱] همین

---

۱. ماده ۲۷۵ ق. م. ایران.

وضعیت در حقوق آمریکا[1] و انگلیس[2] مبنی بر اختیار متعهدله نسبت به رد متعلق اجرا شده تعهد که غیر منطبق با قرارداد و موضوع تعهد است مشاهده می‌شود. در نظام حقوقی کامن‌لا، که اساساً قرارداد را قانون متعاقدین می‌دانند، طبیعی است که تخلف از آن هم به مثابه تخلف از قانون تلقی شود. اما در عین حال بنا به ملاحظاتی در همین نظام حقوقی انعطاف فراوانی در الزام متعهد به اجرای عین تعهد دیده می‌شود.[3]

در هر حال تخلف از اجرای تعهد چهره‌های گوناگونی دارد که هر یك نیز مستلزم تبعاتی است و باید یا طبق قانون و یا بر اساس آنچه در قرارداد پیش‌بینی می‌شود رسیدگی و مورد حکم و حل و فصل حقوقی قرار گیرد.

بی‌تردید یکی از راههای حل و فصل بر اساس توافق طرفین و با تعیین راهکارهای عملی آنها صورت می‌گیرد که موضوع کتاب حاضر از جمله آن راهکارهاست. قبل از هر چیز لازم است انواع و أشکال مختلف تخلف از اجرای تعهد را برشمریم، آنگاه در خصوص هر یك از آنها حکم مسئله را تشریح نماییم.

تخلف از اجرای تعهد به اعتبار رفتار و نوع اِعمال اراده متعهد به دو صورت قابل تصور است:

الف: تخلف ناشی از خودداری متعهد از اجرای تعهد

ب: تخلف ناشی از ناتوانی متعهد در اجرای تعهد

تخلف متعهد از اجرای تعهد، چنانچه ناشی از ناتوانی او باشد، یا به دلیل عارضه‌ای است که برای شخص متعهد به وجود آمده و یا به تبع عارضه‌ای‌می‌باشد که در موضوع تعهد پدیدار گشته است. اجرای تعهدی که بدون تقصیر متعهد نامـمکن شده و این وضع ناشی از وضعیت موضوع تعهد باشد، متعهد را از اجرای تمام یا همان بخش از تعهد معاف می‌سازد. اما در صورتی که موضوع تعهد قابل اجرا باشد و ناتوانی شخص متعهد مانعی

---

1. U.C.C -2-508.
2. Where the seller delivers to the buyer a quantity of goods less than he contracted to sell, the buyer may reject them. (Sale of Goods Act 1979 - Article, 30).
3. Gareth Jones & William, Op. Cit.P.2.

برای اجرای آن محسوب نشود، هزینه اجرا و خسارات ناشی از آن برعهده متعهد است.[۱]

لیکن خودداری متعهد که باعث تخلف از اجرای تعهد می گردد دارای حکم دیگری است و این خودداری هم ممکن است به چهار صورت اتفاق بیفتد.

۱ـ خودداری از اجرای کل قرارداد[۲]

۲ـ خودداری از اجرای بخشی از قرارداد

۳ـ خودداری از اجرای کامل و بی‌نقص قرارداد

۴ـ خودداری از اجرای به موقع قرارداد یا تأخیر در اجرای قرارداد

خود داری از اجرای کل یا بخشی از قرارداد نیز به دو صورت فرض می‌شود:

۱ـ خودداری توأم با انکار اصل قرارداد

۲ـ خودداری بدون انکار اصل قرارداد

همچنین خودداری متعهداز اجرای به موقع قرارداد و یا به تعبیر دیگر تأخیر واقعی در اجرای قرارداد یا قطعی بودن تأخیر هم به دو صورت قابل تصور است:

۱ـ به‌رغم انقضای مدت اجرای قرارداد، متعهد از اجرای آن خودداری می‌ورزد و یا اگر چه در حال اجرای قرارداد است اما در هر صورت اجرای قرارداد با تأخیر صورت می گیرد.

۲ـ اگر چه زمان انقضای مدت اجرای قرارداد فرا نرسیده است، اما با توجه به زمان اندك باقیمانده و اوضاع و احوال متعهد نقض قرارداد و عدم اجرای به موقع آن قطعی است.

در حقوق ایران بویژه در قانون مدنی، تفاوتی بین انواع این تخلفات که اشاره شد به‌طور صریح دیده نمی‌شود. به موجب ماده ۲۲۶ ق. م، هرگاه تعهدی در زمان مقرر در قرارداد ایفاء نشود، متعهد له حق مطالبه خسارت ناشی از آن را خواهد داشت. از مجموع قواعد موجود در این نظام حقوقی چنین استنباط می‌شود که هر تعهدی که در زمان و مکان

---

۱. در حقوق ایران مواد ۲۳۲، ۳۴۸، ۴۷۰، ۷۷۴ و ۸۴۳ از قانون مدنی قابل توجه هستند.

2. Break by Repudiation ot obligation (Contrat).

مندرج در قرارداد و طبق شرایط آن اجرا نشود، موجب مسئولیت متعهد نسبت به خسارات ناشی از آن خواهد بود.[۱] برخی از صاحب نظران در حقوق ایران نیز با طرح قاعده‌ای چنین گفته‌اند: «در هر جا که تعهد ناشی از قرارداد انجام نمی‌شود و اجرای مستقیم آن نیز (بدون اینکه مانع خارجی سبب آن باشد) امکان ندارد، مسئولیت قراردادی مطرح است، خواه عدم انجام درباره تمام تعهد باشد یا بخشی از آن.»[۲]

با توجه به آنچه تاکنون در خصوص مسئولیت قراردادی و لزوم جبران خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهدات در حقوق ایران و حقوق کامن لا گفته‌ایم، بی‌شك تخلف از اجرای تعهد و عدم اجرای به موقع آن چنانچه موجب ورود خسارتی به متعهد له باشد باید از سوی متخلف جبران گردد. اما تفاوت چشمگیر و قابل ملاحظه‌ای بین دو نظام حقوقی مذکور در یك نوع از تخلفات پیش گفته مشاهده می‌شود که مستلزم مطالعه و مقایسه جدی‌تر است. تخلف مورد نظر تخلف مربوط به صورت دوم از نوع تأخیر در اجرای قرارداد است. در بالا گفته شد که ممکن است هنوز زمان انقضای مدت قرارداد سپری نشده باشد اما نقض قرارداد قطعی بنماید. برای روشن‌تر شدن موضوع با ذکر دو مثال مباحث آن را پی می‌گیریم:

مثال اول: صاحب رستورانی متعهد می‌شود جهت پذیرایی از میهمانان شخصی در زمان و مکان معینی مقداری غذا مهیا نماید. سفارش دهنده، ساعتی قبل از وقت لازم برای پذیرایی، متوجه می‌شود که صاحب رستوران به دلیل تعلل و کوتاهی در تهیه مقدمات و ملزومات به هیچ وجه قادر به تهیه غذای لازم نخواهد بود. در چنین وضعیتی طبیعی است که سفارش دهنده نمی‌تواند صبر کند تا زمان اجرای تعهد سپری شده و یا قبل از آن به دادگاه مراجعه کند و تقاضای اجبار متعهد به اجرای عین تعهد را تسلیم دادگاه نماید. بلکه او مجبور است از طریق دیگری غذای لازم را تهیه، و در وقت مناسب دیگری متخلف را تحت تعقیب قضایی قرار دهد.

مثال دوم: شخص الف متعهدبه تولید و تحویل کالایی برای شخص ب می‌شود که

---

۱. ماده ۲۲۶ ق. م. «در مورد عدم ایفای تعهدات از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد...» و مواد ۲۲۱، ۲۲۷، ۲۲۸ و...

۲. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، پیشین، ص ۱۵۲.

عدم تحویل به موقع آن یا مستلزم از کار افتادن کارخانه شخص ب و یا تأثیر زیادی در عدم راه‌اندازی به موقع کارخانه‌اش می‌شود. شخص الف کالای مورد تعهد را تولید می کند و به جای تحویل به شخص ب در صدد بر می‌آید آن را به شخص ثالثی بفروشد که در چنین وضعیتی با توجه به اندك زمان باقیمانده نسبت به انقضای مدت قرارداد نه تنها امکان تولید مجدد کالای مزبور وجود ندارد، بلکه فروش کالای تولید شده به شخص ثالث هم سبب می‌شود بکلی از دسترس شخص ب خارج گشته و مثلاً در صورت استعمال کالا، اساساً امکان اجبار متعهد به اجرای عین تعهد بکلی ناممکن می گردد. در این صورت اگر چه هنوز زمان تحویل کالا فرا نرسیده است اما با توجه به نتایج قطعی حاصله از رفتار متعهد، متعهدله چه باید بکند؟ هر دو نظام حقوقی ایران و کامن‌لا پاسخ یکسانی برای موارد فوق نداده‌اند. در حقوق ایران چنین به نظر می‌رسد، مادام که زمان اجرای تعهد منقضی نشده باشد فرض می‌شود تخلفی صورت نگرفته و متعهد له حق ندارد به بهانه اینکه چون تخلف، هر چند قطعی، در آینده صورت خواهد گرفت، پس می‌تواند اقدامات قانونی لازم برای جبران خسارت را از همان زمان علم به وقوع تخلف معمول دارد.[۱] یا مثلاً به بهانه اینکه تخلف قطعی است از اجرای تعهدات خود امتناع ورزد. در حالی که رفتار حقوق کامن‌لا با این قبیل مسائل با حقوق ایران متفاوت است. این مسئله در حقوق کامن‌لا تحت عنوان[۲] «نقض قبلی» شهرت یافته و مورد بحثهای فراوان قرار گرفته است. در این نظام حقوقی عقیده بر این است که، تعهدات، وظایف و تکالیفی را هم برای اجرای فوری و هم برای دراز مدت و تا زمان اجرای تعهد پدید می‌آورند.[۳] لذا متعهد له حق دارد به محض اطلاع از نقض قرارداد توسط متعهد حق فوری خود برای اقامه دعوا و سایر اقدامات قانونی را اعمال کند. حداقل در پاره‌ای موارد لازم است از ورود خسارات بیشتر جلوگیری نماید. اینکه زمان اجرای تعهد هنوز سپری نشده و موعد مقرر فرا نرسیده است مانع برای اقامه دعوا نخواهد بود.[۴] مهم‌تر

---

۱. ماده ۲۲۶ ق. م. در حقوق ایران مؤید این معناست.

2. Anticipatory Breach.

3. Corbin on contracts, Op. Cit, P. 940.

4. Ibid, P. 942.

اینکه طرف مقابل حق خواهد داشت به دلیل علم به نقض قرارداد از سوی متعهد، اجرای تعهدات خود را معلق سازد.[1] اگر چه برخی از محاکم کامن‌لا از پذیرش این حق فوری اجتناب نموده‌اند اما بالاخره در ماده ۶۱۰-۲ از .U. C. C در حقوق آمریکا صراحتاً حق مزبور مورد شناسایی قرار گرفت.[2]

اجمالا اینکه، در حقوق کامن‌لا، نقض قرارداد[3] به دو صورت تصور می‌شود:

الف: متعهد از اجرای تعهد خودداری کند.

ب: متعهد قبل از انقضای مدت اجرای قرارداد به طرف مقابل می‌فهماند که قصد اجرای قرارداد را ندارد. یعنی متعهدله باید اثبات کند که به‌طور قطعی از سوی متعهد قصد عدم اجرای قرارداد یا بخشی از آن فهمیده می‌شود.[4]

نقض قبلی نیز به نوبه خود دو گونه قابل تصور است الف: نقض قبلی صریح[5] ب: نقض قبلی ضمنی.[6] در خصوص نقض قبلی صریح، یکی از قدیمی‌ترین دعاوی که وجود دارد دعوای Hochster V.Dela Tour است که به سال ۱۸۵۳ میلادی باز می‌گردد. در این دعوا خوانده در ماه آوریل با خواهان توافق می‌کند که به منظور راهنمایی تور خارجی برای یك مدت سه ماهه از اول ژوئن در اختیار او باشد و مقرری معینی هم به او بپردازد. در یازدهم ماه می (May) خوانده طی مکاتبه‌ای به خواهان اطلاع می‌دهد که به خدمات او نیازی ندارد، و در واقع قصد خود از انصراف از اجرای قرارداد را اعلام می‌کند. خواهان نیز با دیدن نامه مزبور اقدام خوانده را نقض پیشاپیش قرارداد تلقی نموده و به‌رغم اینکه هنوز موعد اجرای قرارداد فرانرسیده بود اقدام به طرح دعوای خسارت نموده که نهایتاً دعوای مطالبه خسارت او با موفقیت روبرو می‌شود.[7] پس از دعوای مزبور، تئوری نقض قبلی قرارداد از

---

1. Schaber & Rohwer, Contracts, 2nd, ed., London, west publishing co, 1989, P. 277.

2. Ibid, P. 278.

3. Breach of contract.

۴. نظیر آنچه در پرونده .Woodar Investment Developments Ltd.V.wimpey Construction (U.K.) Ltd (1980) Smith and Thomas Op. Cit.P.P.307, 555 اتفاق افتاده است.

5. Explicit anticipatory breach.

6. Implicit anticipatory breach.

7. Smith and Thomas, Op.Cit. P.551 - Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract, P. 353.

سوی محاکم کامن‌لا به رسمیت شناخته می‌شود و به تبع آن ضمانت اجراهای نقض عهد و تخلف از اجرای تعهد که در انصاف پذیرفته شده بودند از قبیل استرداد[1] یا پرداخت خسارت در خصوص نقض قبلی نیز قابل اعمال گردیدند.[2]

نقض قبلی ضمنی نیز در صورتی رخ می‌دهد که متعهد با رفتاری که مرتکب می‌شود عدم تمایل به اجرای قرارداد را در زمان مقرر اعلام می‌دارد. در دعوایی مربوط به سال ۱۸۷۰ میلادی (Frost V.Knight) خوانده توافق کرده بود پس از مرگ پدرش با خواهان ازدواج کند، اما خوانده در زمان حیات پدرش نامزدی با خواهان را برهم می‌زند. این رفتار خوانده به طور ضمنی می‌رساند که مایل به ازدواج با خواهان پس از فوت پدرش نخواهد بود.[3] در این دعوا مقرر شد که خواهان بلافاصله پس از برهم خوردن نامزدی، حق مطالبه خسارت و اقامه دعوا را دارد. در هر دو مورد خصوصاً در دعوای دوم دادگاه اظهار داشته است، طرف متعهدله یك حق فوری برای اقامه دعوا دارد که در واقع حق مزبور حق نیمه تمامی بوده است برای اجرای قرارداد و در زمان اجرای قرارداد کامل می گردیده است.[4]

ضمناً ناگفته نماند که در حقوق انگلیس گفته شده است، متعهد له می تواند با تحت تعقیب قراردادن متعهد، او را به اجرای قرارداد مقید سازد. اما نکته مهم اینجاست که اگر فسخ را نپذیرد، چنانچه در فاصله بین اعلام نقض قرارداد تا زمان اجرای قرارداد، اساساً اجرای قرارداد ناممکن شود، چه بسا حق اقامه دعوا مبنی بر مطالبه خسارت را از دست بدهد.[5]

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ در مواد ۷۱ و ۷۲ با تفکیك دو نوع نقض قبلی از یکدیگر، مسئله را به گونه‌ای مفصل‌تر مدنظر قرارداده‌است. در ماده ۷۱ آورده‌است «هرگاه پس از انعقاد قرارداد ظاهراً معلوم شود که یکی از طرفین به علل ذیل، بخشی از تعهدات خود را انجام نخواهد داد طرف دیگر می تواند تعهدات خود را معلق

---

1. Restitution.
2. Corbin, Op. Cit. P. 946.
3. Cheshire and Fifoot, Op. Cit, P 535 - Smith and Thomas. Op. Cit. P. 551 - Robert Duxbury, Contract in a Nutshell, 3ed London Sweet & Maxwell, 1994, P. 89-90.
4. Ibid - Charles worth, Op. Cit. P.167.
5. Robert Duxbury, Op. Cit, P. 90.

نماید...».

در ماده ۷۲ نیز آورده است «اگر قبل از موعد اجرای قرارداد آشکار شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد[1] خواهد شد، طرف دیگر می تواند قرارداد را باطل نماید». ملاحظه می‌شود که نقض قبلی ممکن است به صورت نقض بخش مهم آشکار شود یا به صورت نقض اساسی مطرح گردد. درصورت نخست طبق ماده ۷۱ طرف دیگر حق تعلیق اجرای تعهدات[2] خود را خواهد داشت. درحالی که اگر احتمال نقض اساسی باشد طبق ماده ۷۲، طرف مقابل می تواند قرارداد را اجتناب شده (باطل) اعلام کند.[3]

در هر حال به موجب مقررات کنوانسیون مزبور یکی از تخلفات در اجرای تعهد نقض قبلی است که به محض آشکار شدن آن، طرف مقابل می تواند یکی از ضمانت اجراهای مربوط به آن را اعمال کند. البته ناگفته نماند، طبق ماده ۷۱ که حق تعلیق قرارداد به طرف مقابل داده می‌شود، اورا مستحق و مجاز به فروش کالا به خریدار دیگر یا خرید کالاهای جایگزین نمی گرداند، بلکه استفاده از این قبیل جبرانها یا به تعبیری ضمانت اجراها درصورتی مجاز است که طرف متخلف مرتکب چنان نقضی شده باشد که موجب بطلان قرارداد گردد.[4] همچنین به قول Benett عدم اجرای قرارداد از سوی متعهد باید پس از انعقاد قرارداد آشکار شود. لذا چنانچه متعهد له قبل از انعقاد قرارداد، باتوجه به اوضاع و احوال متعهد، اطلاع داشته است که طرف مقابل از انجام تعهد خودداری خواهد ورزید حق ندارد از ضمانت اجرای ماده ۷۱ استفاده کند.[5]

به موجب بخش ۶۰۹-۲ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا (U.C.C) حق تعلیق اجرای قرارداد برای طرف مقابل تازمانی درنظر گرفته شده‌است که متعهد تضمین کافی برای اجرای به موقع قرارداد ارائه کند. نکته حایز اهمیت دراینجا این است که پس از دادن

1. A. Fundamental Breach of Contract.
2. Suspend the Performance of his Obligation.
3. Declare the Contract avoided.
4. Honnold (John O.) Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 2ed. kluwer Law and Taxation publishers, 1987, P.391.
5. Kritzer (Albert H.), Guide to Practical application of the United Nations Convention on Contracts for the International sale of Goods, Boston, Firsted. 1993. P. 460.

تضمین کافی از سوی متعهد چنانچه طرف مقابل به دلیل اعمال حق تعلیق، خود نیز در اجرای به موقع قرارداد تأخیر کرده باشد، آیا این امر به منزله تخلف او از اجرای تعهد تلقی خواهد شد یا خیر؟ مثلاً فروشنده‌ای متعهد می‌شود در ۳۰ خرداد ماه آینده یك دستگاه رایانه ساخت کارخانه خودرا تحویل مشتری دهد. اما اندکی پس از انعقادقرارداد، در نیمه اول فروردین متوجه می‌شود که خریدار به دلیل ورشکستگی توانایی کامل برای پرداخت ثمن را نخواهد داشت (طبق قرارداد پرداخت ثمن همزمان با تحویل کالا باید باشد). فروشنده ضمن ارسال اخطار لازم تعلیق قراردادرا اعلام می کند. خریدار تا ۱۵ اردیبهشت تضمین لازم برای اجرای تعهد خودرا اعلام می کند و فروشنده نیز از تعلیق قرارداد صرف نظر می کند امادرعین حال خود به دلیل اعمال حق تعلیق و نتیجتاً بروز وقفه در امر تولید، قادر به تحویل کالا در ۳۰ خرداد نیست، بلکه می تواند در اواخر تیر ماه ایفای تعهد کند. حال چنانچه ارائه تضمین کافی از سوی خریدار این گونه تلقی شود که انگار از ابتدا هیچ حادثه‌ای اتفاق نیفتاده و لذا اگر فروشنده در موعد مقرر انجام وظیفه نکند متخلف محسوب و ملزم به پرداخت خسارت خواهد بود. آیا منطقی است که فروشنده را متخلف فرض کنیم؟ درحقوق داخلی ما و نیز کنوانسیون پاسخ صریحی داده نشده‌است. لیکن در شرحی که از جانب دبیر کل ابراز شده‌است چنین آمده که زمان مقرر برای انجام تعهد به دلیل بروز دوره تعلیق باید افزایش یابد و زمان اجرای تعهد تمدید شود.[1] ضمناً بدیهی است که تمدید این مدت نمی‌تواند غیر معقول و نامتعارف باشد. کما اینکه ماده ۳ از بخش ۶۱۱-۲ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا نیز درخصوص اثر بازپس گیری فسخ قرارداد[2] همین نظر را پذیرفته است. قانون فروش کالای انگلیس مصوب ۱۸۹۳ در ماده (۱)۴۱ مقرر می‌داشت «حتی اگر فروشنده با تحویل کالا قبل ازپرداخت ثمن توسط خریدار موافقت کند، چنانچه مشتری ورشکسته شده و یا اعتبار لازم را از دست داده باشد، می تواند از انتقال مالکیت خود برای کالا خودداری کند. این امر خود به نوعی تعلیق اجرای قرارداد محسوب می‌شود که سرانجام

1. Kritzer, Op.Cit, P. 462 - Honnold, Op. Cit, PP. 399-400.
2. With drawal of a Repudiation.

کمیسیون اصلاح قوانین انتاریو [۱] با توسعه آن در قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ مسئله را بر اساس قانون متحدالشکل تجارت آمریکا (U.C.C) تنظیم نمود. [۲]

به موجب ماده ۳۲۱ قانون مدنی آلمان، زمانی این حق تعلیق قابل اعمال است که یك طرف مکلف باشد طبق یك قرارداد طرفینی بخش مربوط به تعهدات خودش را اول اجرا کند. [۳] برخلاف U.C.C که در مورد هر کدام از دو طرف این حق قابل اعمال بود.

در حقوق ایران، همان گونه که سابقاً نیز اشاره کردیم، قاعده صریح و قابل طرحی در خصوص نقض قبلی مشاهده نمی‌شود و به نظر می‌رسد همانند برخی از سیستم‌های حقوقی تنها در صورت ورشکستگی خریدار، برای فروشنده حق تعلیقی در نظر گرفته شده باشد. [۴]

از ظاهر ماده ۲۲۶ ق. م. ایران که ادعای خسارت را منوط به انقضای مدت قرارداد نموده، چنین استنباط می‌شود که تنها ادعای خسارت برای عدم ایفای تعهد، باید پس از انقضای مدت قرارداد باشد و این منافاتی با استفاده از سایر ضمانتهای اجرا از سوی طرف مقابل ندارد. مثلاً هرگاه یك طرف قرارداد مکلف باشد یك ماه قبل از انجام تعهد توسط طرف دیگر ایفای تعهد کند ولی قبل از انجام تعهد خود و یا حتی پس از اجرای آن چنانچه متوجه شود طرف دیگر قادر به اجرای تعهدش نیست چرا نتواند از سایر ضمانت اجراها استفاده کند؟ مثلاً چرا نتواند از حق حبس یا حق استرداد و تعلیق قرارداد استفاده کند؟ خصوصاً چنین به نظر می‌رسد که اگر طرفین، اعمال این قبیل ضمانت اجراها را برای فرض نقض قبلی به صورت شرطی مقرر کرده باشند چرا نتوانند طبق شرط عمل کنند؟ به علاوه از ماده ۳۸۰ ق. م. ایران که اعلام می‌دارد: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد

---

1. The Ontario Law Reform Commission.
2. Honnold, Op. Cit. P. 396.
3. Ibid "If a Person is Obliged by a mutual contract to perform his part first, he may, if after the conclusion of the contract a significant deterioration in the financial position of the other party occurs whereby the clain for the counter-performance is endangered, refuse to perform his part until the counter performance is made of security is given for it".

۴. ماده ۱۶۱۳ قانون مدنی فرانسه.

می تواند از تسلیم آن امتناع کند». یکی از حقوقدانان در تحلیل ماده مذکور گفته است، درصورتی که عین مبیع نزد مشتری مفلس موجودباشد فروشنده می تواند بیع را فسخ کند و کالا را مسترد دارد و اگر به مشتری تسلیم ننموده است التزام او به تسلیم ساقط می شود. البته اضافه می کنند که برخی از حقوقدانان امامیه معتقدند بایع درصورتی می تواند بیع را فسخ و مبیع را مسترد دارد که موعد تأدیه ثمن رسیده باشد والا چنانچه ثمن مؤجل باشد و موعد آن نرسیده باشد بایع نمی تواند بیع را فسخ کند.[1]

مشابه ماده ۳۸۰ ق. م. در قانون تجارت ایران نیز ماده ۵۳۳ دیده می شود که تا حدودی روزنه‌ای به سوی تئوری نقض قبلی محسوب می شود. در این ماده آمده است: هر گاه کسی مال‌التجاره به تاجر ورشکسته فروخته ولیکن هنوز آن جنس نه به خود تاجر ورشکسته تسلیم شده و نه به کس دیگر که به حساب او بیاورد، آن کس می تواند به اندازه‌ای که وجه آن را نگرفته از تسلیم مال‌التجاره امتناع کند.

البته روشن است که امتناع از تسلیم غیر از حق فسخ قرارداد است. لیکن به نظر می‌رسد ملازمه‌ای معقول بین آن‌دو وجود داشته باشد. کما اینکه کلام دکتر امامی نیز مفید این معناست.

از جمله انواع تخلف از اجرای تعهد، دونوع دیگر از تخلف را می توان برشمرد. نوع اول، فعل مثبتی است که وقوع آن تخلف محسوب می شود. چرا که ترك آن فعل موضوع تعهد بوده‌است. مثلاً فروشندهٔ قطعه‌ای از زمین، متعهد می شود در جوار زمین موردمعامله یا قطعه باقیمانده احداث بنا نکند یا بنای خاصی مثل حمام یا مدرسه احداث نکند. تنها نکته‌ای که در اینجا لازم است گفته شود، تفاوت اثبات تخلف در این نوع تخلف است که برخلاف خودداری متعهد در اجرای تعهد، متعهدله باید وقوع تخلف را اثبات کند. درحالی که هرگاه تخلف از نوع خودداری و اقدام منفی باشد بار اثبات وفای به عهد بر دوش متعهداست و متعهدله ملزم به اثبات تخلف نیست.

نوع دوم، تخلفی است که یك طرف قرارداد مرتکب می‌شود درحالی که تعهد طرف

---

۱. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، صص ۵۲۷ و ۵۲۸.

دیگر قرارداد متعذر شده و یا بی‌فایده و عقیم گردیده باشد. مثلاً الف متعهد می‌شود در ازای ساخت تابلویی توسط ب یکصدهزار ریال به او بپردازد. ضمناً توافق کرده‌اند که نیم آن را در هنگام عقد قرارداد و نیم دیگر را در اثنای کار و مثلاً پس از اتمام طرح اولیه و قبل از شروع رنگ آمیزی پرداخت کند. اما الف از پرداخت نیم دوم خودداری می کند و ب نیز ضمن ادامه کار، مطالبه مبلغ باقیمانده نموده لیکن اندکی بعد دچار حادثه شده و از اجرای بقیه کار ناتوان و متعذر می گردد.

فرض دیگری که متصور است، فرض بی‌ثمر شدن قرارداد است. مثلاً شخصی انبار یا سیلویی را برای ماه آینده اجاره می کند تا کالای خریداری شده از خارج را پس از ورود و بارگیری در آنجا انبار نماید. اما پس از عقد اجاره و پرداخت نیمی از اجاره بهاء در ست در لحظه شروع مدت اجاره، مستأجر مطلع می‌شود که کشتی حامل کالای او غرق شده و اموال او ازبین رفته است. درنتیجه عقد اجاره و مورداجاره بی ثمر می گردد. به تبع این حادثه مستأجر از پرداخت نیمه دیگر اجاره بهاء خودداری می‌ورزد و موجر درپایان مدت اجاره مطالبه بقیه اجاره بهاء می کند اما مستأجر از پرداخت آن خودداری می‌ورزد. درهریك از این موارد اگرچه تخلفی صورت گرفته‌است لیکن درزمان وقوع تخلف یا اجرای عقد متعذر شده و یا بی‌فایده و منتفی شده‌است. از سوی دیگر نظر به اینکه اجرای‌عقد متعذر شده یا قرارداد عقیم شده تابع قواعد و مقررات خاص خود می‌باشد لذا مسئله تخلف دراین گونه عقود و قراردادها نیز دارای آثار و تبعات ویژه‌ای هستند.

درحقوق ایران گفته شده‌است، عدالت معاوضی اقتضاء دارد که هرگاه یك تعهد به دلیلی متعذر گردد و یا اجرای آن بی‌فایده و بی‌ارزش گردد، تعهد طرف مقابل نیزازاین امر متأثر می‌شود. مثلاً درقراردادهای دوتعهدی که درآنها یك تعهد علت تعهد طرف دیگر است هرگاه تعهدیك طرف به علت فورس ماژور ساقط شود، تعهد طرف دیگر نیز ساقط و قرارداد منحل خواهد شد.[۱] این اصل همبستگی و لزوم دو عوض متقابل دراین قراردادها

---

۱. سیدحسین صفایی، قوه قاهره یا فورس ماژور، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ش ۳، ۱۳۶۴، ص ۱۲۹.

به قدری اهمیت دارد که برتر از اراده و تراضی طرفین است و لذا هرگاه شرطی برخلاف آن مورد توافق قرار گیرد (خلاف مقتضای عقد) اصل تراضی را نیز باطل و محدود می کند. این اصل همبستگی دوعوض متقابل تنها در هنگام انعقاد عقد وجودندارد، بلکه تازمانی که تمامی مفاد قرارداد اجرا نشده و مقصود نهایی طرفین حاصل نشده‌است کماکان قوت و قدرت خود را دارد. البته اثر این اصل حسب زمان بروز خدشه و به هم خوردن آن همبستگی و تعادل متفاوت است. گاه از بین رفتن تعادل دردوطرف تعهد مثل متعذر شدن یکی از دوعوضین موجب بطلان عقداست، مثل فروش مال تلف شده. گاه موجب انفساخ عقد است و گاه نیز برای طرف مقابل حق فسخ را به‌دنبال خواهدداشت. درهرحال مهم‌ترین اثراین اصل همبستگی این است که هریك از دوطرف قرارداد می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد دیگری کند.[۱] درفقه امامیه آمده است که: اگر کسی برای تهیه ده‌خروار هیزم از صحرا اجیر شود و پس از تهیه پنج خروار فوت کند لازم است اجرت پنج خروار باقیمانده به مستأجر پس داده شود. زیرا عقد نسبت به گذشته صحیح و نسبت به آینده باطل است.[۲] درخصوص اجاره شخصی برای حفر چاه چنانچه مقرر کرده‌باشند به ازای حفر ۵۰ متر چاه مبلغ یك میلیون ریال اجرت پرداخت شود، و نیز مقرر کرده‌باشند نیمی از کل اجرت درزمان انعقاد عقد و نیم دیگر پس از حفر ۱۰ متر پرداخت شود و اگر کارفرما تخلف کند و درموعد مقرر اجرت را نپردازد مبلغ ۲۰ درصد و درپایان انجام کار اضافه تر بپردازد. حال در صورتی که حافر پس از حفر ۱۲ متر فوت کند و یا به دلیل سختی زمین قادر به ادامه کارحفر نباشد، آیا عدم پرداخت به موقع نیمه دوم اجرت یعنی پس از حفر ده متر، کارفرما تخلف کرده‌است؟ آیا به اعتبار این تخلف باید ۲۰ درصد به کل اجرت بیفزاید و برای ۱۲ متر حفرشده به نسبت کل اجرت و ۲۰ درصد جریمه (وجه‌التزام) اجرت دریافت کند؟ درحقوق ایران و درخصوص این قبیل قراردادهای منتفی شده پاسخ صریح و روشنی پیدا نمی‌شود. اما باتوجه به پذیرش

---

۱. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین ص ۳۵۴ و ج ۴، صص ۸۷_۸۴.

۲. میرزای قمی، پیشین، ص ۴۶۵، مسئله ۲۳۴.

اصل همبستگی بین دوعوض متقابل و اصول کلی حقوقی پذیرفته شده دیگر مثل اصل عدم جواز استفاده بلاجهت و غیره چنین استنباط می‌شود که بقاء و تداوم عقد همواره منوط به این است که طرفین به مقصود نهایی خود در عقد دست یابند و عقد بدرستی اجرا شود و دربسیاری از موارد بطلان یکی از دوتعهد متقابل سبب بطلان عقد و منتفی شدن تعهد مقابل است. در فقه امامیه گفته شده‌است هرگاه شخصی که برای حفرچاه اجیرشده، در اثنای کار فوت کند و یا به دلیل سختی زمین از ادامه حفر بازماند، اجاره منفسخ شده واجیر به نسبت کارانجام شده مستحق اجرت المسمی[1] و یا اجرت‌المثل[2] است. لذا درخصوص مثال فوق‌الذکر چنین به نظر می‌رسد که قرارداد منفسخ و شرط خسارت یا وجه‌التزام در نظر گرفته شده نیز به تبع انفساخ عقد اصلی منفسخ شده باشد. بویژه آنکه اساساً مقصود اصلی طرفین از شرط خسارت، تأمین خسارات ناشی از تأخیر درپرداخت اجرت تا پایان کار بوده‌است. بنابراین قبول وقوع تخلف از سوی مستأجر چندان موجه به نظر نمی‌رسد، هرچند که به ظاهر پس از حفر ده‌متر و درموعد مقرر اجرت پیش‌بینی‌شده را نپرداخته است. از جمله مقرراتی که تاحدودی در راستای مسئله مطرح شده قابل ذکر است، ماده ۱۶۰ قانون دریایی است. دراین ماده آمده است: به باری که درنتیجه غرق شدن و یا به گل نشستن کشتی و غارت دزدان دریایی یا براثر ضبط ازطرف دشمن ازبین برود کرایه تعلق نخواهد گرفت. در این موارد فرمانده موظف است کرایه بار را اگر قبلاً دریافت نموده مسترد دارد....

درحقوق انگلیس ابتدا عقیده براین بود که اثر دکترین فراستریشن (Frustration) انحلال قرارداد نسبت به آینده است و درمورد گذشته عقد صحیح است و هر آنچه قبل از تاریخ عقیم شدن یا انحلال قرارداد انجام شده یا باید انجام می‌شد، درصورت انجام باقی می‌ماند و درفرض عدم انجام، اجرای آن همچنان یك تکلیف بود. آنچه را هم پس از عقیم شدن باقی می‌ماند اعم از تکلیف یا حق از بین می‌رفت.[3] عقیده فوق براین توجیه مبتنی بود

---

۱. شیخ محمدحسن نجفی (صاحب جواهر)، جواهرالکلام، ج ۲۷، پیشین، ص ۲۹۱.

۲. شیخ طوسی، مبسوط، ج ۳، پیشین، ص ۲۳۷.

3. Treitel, Op. Cit. P. 821.

که اثر انحلال تنها مربوط به آینده است و حادثه عقیم کننده، قرارداد را درزمان بروز پایان می‌بخشد و الّا تاآن زمان، قرارداد در تمام زمینه‌ها معتبر و قابل اجرا تلقی می‌شده است[۱] و تمام حقوق و تعهدات مربوط به پس از بروز تعذر ساقط می‌شوند. اگر تعهد اجرا نشده‌ای مربوط به قبل از تعذر وجودداشت نظیر پرداخت پول، انجام فعل یا هرچیز دیگر، باید اجرا می‌شده است.[۲] این رویه در دعاوی فراوانی موردعمل قرار گرفت و مدت مدیدی بر محاکم و آرای آنها مستولی بود. از جمله در دعوای، Cutter V. Powell ملوانی که مقرر شده بود درپایان سفر دریایی دستمزد خود را دریافت کند ولی چون در حین سفر مرده بود، همسرش نتوانست هیچ پولی بابت خدمات انجام شده دریافت کند. (۱۷۹۵)[۳]

همچنین در دعوای (Whincup V. Hughes 1871) خوانده مدعی بود که پسرخود را برای مدت ۶ سال و دربرابر ۲۵ پوند انعام درنزد ساعت‌سازی قرارداده تا شاگرد اوباشد. پس از گذشت یك سال ساعت‌ساز مردو به‌رغم طرح دعوا مدعی نتوانست بابت یك سال شاگردی پسرش پولی دریافت کند.[۴]

در این زمینه یکی از مشهورترین دعاوی، دعوای (1904) Chandler V. Webster است که طبق آن خواهان اتاقی را در پال مال برای تماشای مراسم تاجگذاری ادوارد هفتم از خوانده اجاره کرده بود. مبلغ اجاره (£ 141.15s) حدود ۱۴۱ پوند بود که باید بلافاصله پرداخت می‌شد. خواهان مبلغ یکصدپوند آن را پرداخت می کند اما اندکی بعد و قبل از پرداخت بقیه، به دلیل بیماری پادشاه مراسم لغو می‌شود. خواهان استرداد وجوه پرداخت شده می کند اما دادگاه نه تنها مطابق تقاضای او رأی نداد بلکه اورا موظف به پرداخت بقیه اجاره بهاء یعنی ۴۱ پوند باقیمانده‌هم کرد. دادگاه استیناف هم اظهار می کند چون قرارداد از ابتدا باطل نبوده و صرفاً به دلیل رخداد بیماری پادشاه عقیم شده است، لذا از زمان وقوع حادثه تعهدات طرفین ساقط می‌شود و تأثیری بر تعهدات سابق (از جمله پرداخت فوری

---

1. G .G .G . Robb, An Outline of Law of Contract, and Tort The Estates Gasette Limited, 3th . ed . London. 1953. P. 94.
2. Hulsbury's Law of England, Vol. 9, Op. cit., $ 463 - Anson, Op. Cit, P.447.
3. Treitel Op. Cit. P. 825- Smith and Thomas. Op. Cit, P.434.
4. Treitel Op. Cit, P. 823.

تمام اجاره بهاء) نخواهد داشت.[1]

اما اندك اندك عقیده غیر منطقی فوق متحول شد و در روند تکاملی خود نهایتاً در پرونده فیبروزا (Fibrosa Spolka Akcyjna V. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. 1942) به‌درجه‌ای از کمال رسید که زمینه ساز اصلاح و بازسازی تئوری Frustration در مقررات داخلی انگلیس شود.[2]

دعوا از این قرار بود که در تاریخ ۱۲ جولای ۱۹۳۹ خوانده (یك کمپانی انگلیسی) متعهد می‌شود در ازای ۴۸۰۰ پوند چند دستگاه ماشین آلات نساجی برای یك شرکت لهستانی بسازد. طرفین توافق می کنند که یك سوم قیمت هنگام سفارش پرداخت شود و ماشین آلات نیز ظرف ۳ یا ۴ ماه بعد در گدینیا (Gdynia) تحویل شود. پس از پرداخت ۱۰۰۰ پوند از سوی شرکت لهستانی، به دلیل وقوع جنگ بین بریتانیا و آلمان بندر مزبور در ۲۳ سپتامبر اشغال می گردد و درنتیجه قرارداد عقیم می‌شود. خواهان مطالبه ۱۰۰۰ پوند پرداخت شده را می نماید اما قاضی J.Tucker و دادگاه بدوی با استناد به پرونده چندلر (Chandler) تقاضای اورا رد کرد. لیکن رأی صادره در دادگاه استیناف مورد نقد قرار گرفت و حتی صریحاً نظر داده شد که رأی صادره در دعوای چندلر نیز غلط بوده است. بدین ترتیب نظر داده شد که باید خوانده مبلغ ۱۰۰۰ پوند دریافت شده را بر گرداند. نکته قابل توجه استدلالی است که محکمه در این دعوا اظهار می دارد. دادگاه اعلام می کند به دلیل فقدان کلی عوض، آنچه در برابر آن داده شده است قابل بازپس گیری است. هر گاه شخصی در برابر عوض تحقق نایافته‌ای چیزی پرداخت کرده و هیچ جزیی از آن عوض را دریافت نکرده باشد می تواند آنچه را پرداخت کرده است باز پس گیرد.[3]

این رأی کماکان در مسیر تکاملی خود پیش رفت تا اینکه سر انجام با اصلاح قانون در سال ۱۹۴۳ تحت عنوان اصلاح حقوق قراردادهای عقیم شده،[4] رأی صادره درپرونده

---

1. Ibid P. 823- Smith and Thomas, Op. Cit, Sq. 540 - Anson, Op. Cit, P. 447.
2. Treitel Op. Cit, P. 823- Smith and Thomas Op. Cit. P. 540.
3. Treitel Op. Cit, PP. 823-824 - Smith and Thomas Op. Cit. PP. 840-845.
4. Law Reform (Furstrated Contrcts) Act 1943.

فیبروزا را بسط و تعمیم داد و امکان استرداد وجوه پرداخت شده حتی در صورت فقدان جزیی عوض را مجاز دانست.[۱]

در حقوق آمریکا نیز وضع هم اینك مشابه وضعیت کنونی در حقوق انگلیس است. طبق قوانین این کشور هرگاه قراردادی نامـمکن گردد هیچ یك از طرفین حق ندارند بدون پرداخت چیزی دارای عوض آن شوند. دارا شدن بدون عوض مجاز نیست. لذا چنانچه شخصی به واسطه وقوع حوادثی اجتناب ناپذیر از اجرای تعهدات خود معاف گردد درصورتی که وجهی قبل از آن دریافت کرده است باید بازپس دهد. از سوی دیگر اگر کاری انجام داده باشد و کار انجام شده نیز به واسطه امری خارج از اراده او از بین برود، حق او نسبت به دریافت عوض ما به ازای آن از بین نخواهد رفت.[۲]

بنابر این تخلف هریك از طرفین در تعهداتی که به نحوی متعذر یا منتفی می‌شوند در حقوق ایران و کامن‌لا همانند تخلفی که در قراردادهای معتبر و قابل اجرا به وقوع می‌پیوندد و مستلزم پرداخت خسارت می‌باشند نیست. بلکه ممکن است مسئولیت و خسارات ناشی از تخلف در تعهدات منتفی شده نیز منتفی و غیر قابل مطالبه باشد.

نکته قابل توجهی که ذکر آن در اینجا لازم است اینکه، اساساً تخلف از تعهدات مندرج در تعهداصلی باتخلف در تعهدات ناشی از شرط ضمن تعهد اصلی در دو نظام حقوقی ایران و کامن‌لا اندکی متفاوت هستند. تخلف از شرط ضمن تعهد اصلی حسب فقه امامیه می‌تواند موجب حق خیار فسخ شود.[۳] قانون مدنی ایران نیز ازاین نظر تبعیت کرده‌است لیکن اول حق الزام به اجرای عین تعهد و سپس حق فسخ را به رسمیت شناخته است (ماده ۲۳۹ ق. م.) درحالی که در حقوق کامن‌لا بین شرط اساسی و غیر آن تفاوت و تفصیل قائل‌اند. تخلف از شرط ضمن عقد بر خلاف تخلف در تعهد اصلی موجب حق فسخ نیست، مگر در جایی که شرط ضمن عقد به طبیعت عقد باز گردد و یا تعهد غیرقابل تجزیه باشد.[۴]

---

1. Ibid.
2. William Mack. L. L.D.Corpus Juris Secundum Vol. 17 & 466 (a) (Acomplete Restatement of the entire American Law). U.S.A.West pub.co.1939.
۳. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۲۳، ص ۲۷۷ ـ محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، پیشین، ص ۳۷.
4. Corbin, Op. Cit. No. 1946.

بند سوم- انتساب تخلف به متعهد

تخلف از اجرای تعهد و هر گونه نقض عهد لزوماً ناشی از عملکرد متعهد نخواهد بود. بلکه ممکن است قراردادی از اجرا بازماند، در حالی که مثلاً موضوع قرارداد منتفی شده یا از بین رفته باشد و یا خود متعهدله از اجرای تعهد ممانعت نماید. یا حوادث و عوامل بیرونی و خارج از اراده متعهد سبب شود که نه تنها متعهد بلکه هر کسی هم که جای او قرار می گرفت قادر به اجرای تعهد نمی‌بود. در چنین مواردی مسئولیت قراردادی و یا تعهد ناشی از شرط امکان ظهور نخواهد یافت. زیرا عدم امکان اجرای تعهد خواه از زمان عقد قرارداد حادث شود یا در اثنای اجرای قرارداد، متعهد را از اجرای اصل تعهد معاف می سازد و طبعاً مسئولیت مندرج در شرط ضمن آن نیز منتفی خواهد شد. تخلف و عدم اجرای قرارداد اگر ناشی از تقصیر متعهد نباشد و ناتوانی عارضی متعهد یا هر عامل بیرونی دیگری سبب تخلف از اجرای تعهد شود برای متعهد مسئولیتی به بار نخواهد آورد. خواه ناتوانی در اجرای تعهد مادی باشد خواه حقوقی. اما چنانچه متعهد از اجرای تعهد خودداری ورزد و این خودداری نیز مبتنی بر عمد یا ناشی از اهمال یا اشتباه باشد موجب مسئولیت او خواهد بود و طبعاً ضمانت اجرای قرارداد که در اینجا شرط تعیین قراردادی خسارت می‌باشد پا به عرصه حضور خواهد گذاشت.[1]

بند چهارم- ورود خسارت

پیش از این گفته شد که، چنانچه بخواهد شرط تعیین قراردادی خسارت پا به عرصه حضور بگذارد و طرف مشروط له به استناد آن از متعهد مطالبه خسارت نماید، لازم است علاوه بر وقوع تخلف از سوی متعهد، تخلف او مستلزم ورود خسارت به مشروط له هم باشد. کمااینکه در مسئولیت مدنی نیز ورود ضرر اعم از مالی یا معنوی از ارکان اصلی آن به شمار می‌رود. در اینجا نیز مسئولیت قراردادی ناشی از شرط به دلیل آنکه منوط به ایراد خسارت از سوی متعهد متخلف است، لذا ورود خسارت از جمله لوازم تحقق مسئولیت

---

۱. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، پیشین، ص ۲۷۳.

ناشی از شرط ضمن عقد خواهد بود.

اما نکته‌ای که در اینجا شایان ذکر است اینکه، منظور از خسارت که در شرط تعیین قراردادی خسارت آورده می‌شود چیست؟ برای روشن‌تر شدن مسئله یك بار دیگر احتمالات موجود در چنین توافقاتی را بررسی می‌کنیم.

احتمال اول: طرفین توافق می‌کنند، هر گاه متعهد از اجرای قرارداد اصلی تخلف کند باید فلان مقدار به متعهد له بپردازد. این توافق با شرط وجه التزام مطابقت داشته و همان‌گونه که تاکنون نیز بحث کرده‌ایم از موضوع مورد بحث ما خارج است. صرف وقوع تخلف برای ایجاد حق مطالبه وجه التزام اجمالاً کافی به نظر می‌رسد.

احتمال دوم: طرفین توافق می‌کنند، هر گاه متعهد از اجرای قرارداد اصلی تخلف کند بابت خسارات وارده باید فلان مقدار به متعهد له بپردازد. در این صورت، علاوه بر وقوع تخلف و نقض عهد، ورود خسارت هم برای استحقاق مطالبه مبلغ تعیین شده لازم است. ضمناً بدیهی است که در این فرض نوع و میزان خسارت مورد نظر نیست، بلکه صرف ورود خسارت کافی است.

احتمال سوم: طرفین توافق می‌کنند، هر گاه متعهد از اجرای قرارداد اصلی تخلف کند، مستلزم ورود خسارت خاصی که در زمان انعقاد قرارداد مد نظر طرفین می‌باشد، خواهد بود و متخلف هم باید مبلغ معینی را که در شرط آورده می‌شود به مشروط له بپردازد.

آنچه هدف اصلی ما را در این کتاب تأمین می‌کند احتمالات دوم و سوم است. لذا باید مسئله ورود خسارت برحسب احتمالات مذکور را مورد مطالعه قرار دهیم. پیش از این در معنای خسارت در حقوق ایران و کامن لا بحث کرده‌ایم. در اینجا اضافه می‌کنیم که اگر خسارت خاصی مدنظر طرفین باشد، بدیهی است که حق مطالبه مبلغ پیش‌بینی شده در شرط، زمانی ایجاد می‌شود که خسارت مورد نظر وارد گردد.

خسارات وارد آمده دیگر به تبع نقض عهد، تابع قواعد عمومی مربوط به جبران خسارت می‌باشند.

اما چنانچه توافق طبق احتمال دوم صورت گرفته باشد، یعنی صرف ورود خسارت

مدنظر قرار بگیرد، طبعاً باید آنچه وارد آمده‌است مشمول عنوان خسارت بشود تا به تبع آن مطالبه جبران آن ممکن گردد.

قبل از پرداختن به معنای خسارت و انواع آنچه که بدان خسارت گفته می‌شود ذکر یك نکته بسیار حایز اهمیت است. می‌دانیم که خسارت در دو معنای کلی و اصلی به کار رفته است. معنای اول به ضرر و زیانی گفته می‌شود که در اموال یا منافع شخصی به وجود می‌آید و نیز صدمه و لطمه‌ای به سلامت یا عواطف فرد وارد می‌آید که اصطلاح خسارت وارده در این موارد متعارف است. در معنای دوم خسارت به مالی گفته می‌شود که وارد آورنده ضرر و زیان باید به شخص متضرر یا زیان دیده یا صدمه دیده بپردازد. این معنا همان‌طوری که سابقاً نیز گفته‌ایم معادل غرامت یا تاوان هم آمده است.[1]

حال باید ببینیم، واژه خسارت که در شرط مورد بحث به کار می‌رود با کدامیك از دو معنای فوق تطبیق می‌کند؟ فرض کنیم طرفین قرارداد مربوط به فروش یك قطعه زمین یا قرارداد مربوط به تولید و تحویل کالای صنعتی خاصی این طور توافق کنند: اگر متعهد از اجرای تعهد تخلف نماید باید فلان مبلغ خسارت بپردازد. این عبارت می‌رساند که منظور از خسارت همان معنای دوم است که بی‌شباهت به شرط وجه التزام نیست.[2] به بیان دیگر مبلغ تعیین شده برای جلوگیری از تخلف متعهد در نظر گرفته شده و طبعاً واژه خسارت همان غرامت و تاوانی است که متعهد در فرض تخلف باید بپردازد. اما اگر طرفین قراردادی این گونه شرط کنند: هرگاه متعهد از اجرای قرارداد تخلف نماید باید بابت خسارت وارده فلان مبلغ بپردازد. در چنین حالتی واژه خسارت در معنای نخستین یعنی همان ضرر و زیان به کار رفته است. با توجه به آنچه گفته شد، علی القاعده شکل دوم از دو شکل فوق، مورد نظر کتاب حاضر است و شکل اول تابع قواعد حاکم بر شرط وجه التزام می‌باشد که پیش از

---

۱. در حقوق انگلیس برای خسارت واژه Damage به معنای ضرر و نقصان اعم از مالی یا بدنی استعمال می‌شود. برای معنای غرامت نقدی که از سوی محکمه بابت جبران خسارت در نظر گرفته می‌شود، واژه Damages با صیغه جمع به کار می‌رود. -(Black's Law Dictionary, Damage - "Damages")

۲. در کامن لا برای وجه التزام واژه Penalty Clause به کار می‌رود، در حالی که برای خسارت به معنای ضرر و زیان واژه‌های Detriment, Loss, Damage و برای جبران ضرر Damages و برای عدم النفع هم واژه مرکب Loss of Prospective profits استعمال می‌شود.

این در فصل اول نسبت به وجوه افتراق و اشتراك بین آنها سخن گفته‌ایم.

حال که مراد از خسارت در شرط مورد بحث روشن شد، لازم است انواع خسارت و خصوصاً آنچه را که در شرط ضمن عقد قابل پیش‌بینی بوده و می توان برای جبران آن مبلغی را در نظر گرفت مورد بررسی قرار دهیم.

اقسام خسارت

واژه خسارت در آثار علمای حقوق در اقسام و انواع مختلفی به کار رفته است. بررسی و شناسایی انواع خسارت و یا آنچه که بدان خسارت اطلاق می‌شود در اینجا ضروری است. خصوصاً اگر شرط ضمن عقد مورد بحث از نوع احتمال دوم از احتمالات سه گانه پیش گفته باشد. یعنی طرفین توافق کنند که در صورت تخلف، متعهد بابت خسارات وارده (بدون تعیین نوع خاصی از خسارت) مبلغ معینی باید بپردازد. طبعاً در صورت اختلاف سؤال مهمی که مطرح می‌شود این است که چه چیزی خسارت تلقی می‌شود و چه چیزی خسارت نیست؟ لذا بررسی تقسیمات و اقسام خسارت ضروری به نظر می‌رسد.

آنچه تاکنون در آثار مؤلفان فقه و حقوق دیده شده است خسارت به صورتهای زیر تقسیم می‌شود:

الف: خسارت یا مادی است یا معنوی. خسارت مادی به خسارتی گفته می‌شود که به بدن شخص یا دارایی او وارد شده ولی خسارت معنوی، خسارتی است که متوجه حیثیت، آبرو یا شرافت کسی باشد.

ب: خسارت یا حقیقی است یا حکمی. هر گاه کسی در انجام تعهدات خود به قصد تخلف سبب ورود ضرر و زیانی گردد خسارت مربوطه را حقیقی گویند و چنانچه وارد آورنده ضرر قصد تخلف نداشته باشد اما قانون به دلیل اتلاف مال غیر آن را در حکم خسارت دانسته باشد بدان خسارت حکمی می گویند (مواد ۲۲۱ و ۳۲۸ ق. م.).

ج: خسارت مستقیم و خسارت غیر مستقیم. هر گاه بین خسارت و فعل منشأ آن رابطه علیت وجود داشته باشد بدان خسارت مستقیم گفته می‌شود و الا خسارت غیر مستقیم است.

بر اساس این تقسیم، خسارات ذیل قابل تصور و تحلیل می‌باشند:

۱ـ خسارت عدم انجام تعهد

خسارتی است که در صورت عدم انجام تعهد از سوی متعهد متوجه متعهدله می‌شود که مراد از تعهد، اعم است از تعهداتی که موضوع آنها وجه نقد است یا غیر وجه نقد. لیکن باتوجه به مقررات داخلی ایران، اصطلاح مزبور صرفاً برای تعهداتی به کار می‌رود که موضوع آنها وجه نقد نیست. (مواد ۲۲۶، ۲۲۷ و ۲۲۸ ق. م. و ماده ۷۲۷ ق. آ. د. م.)

۲ـ خسارت تأخیر انجام تعهد

خسارتی است که در اثر تأخیر متعهددر انجام تعهد حاصل می‌شود. در این اصطلاح نیز منظور از تعهد، تعهدات مربوط به ادای وجه نقد نیست.

۳ـ خسارت تأخیر اداء یا تأدیه

به خسارتی گفته می‌شود که بابت دیرپرداخت وجه نقد، مدیون به دائن می‌پردازد (ماده ۷۱۹ ق. آ. د. م.). نکته‌ای که در خصوص این قسم از خسارت قابل بیان است اینکه، خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران بویژه پس از انقلاب اسلامی دچار فراز و نشیب‌ها و موضوع مباحث فراوانی گردیده‌است که در اینجا از پرداختن به آن خودداری می‌شود.

۴ـ عدم النفع (Loss of profit)

برخی در تعریف عدم‌النفع گفته‌اند: ممانعت از تحقق نفعی که مقتضای آن حاصل شده باشد. مانند توقیف غیر قانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شود.[1]

پروفسور فیلیپ کان نیز در تعریف عدم‌النفع گفته‌است: عدم‌النفع، منافعی است که مالك یا دارنده امتیاز در صورت عدم لغو قرارداد آن امتیاز، می‌توانسته‌است عادتاً، بارعایت وظایف و تکالیف خود تحصیل نماید.[2]

بر این اساس بسیاری از فقهاء و حقوقدانان عقیده دارند که عدم‌النفع یا منافعی که حصول آنها عادتاً ممکن بوده‌است، چنانچه در اثر عمل یا رفتار دیگری فوت شود مضمونه

---

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، پیشین، ش ۳۵۳۸.

۲. جلالیان، جزوه عدم‌النفع، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ص ۶۰.

است و باید جبران شود.[۱] هرچند که مشهور فقهاء عدم‌النفع را ضرر نمی‌دانند. برخی از طرفداران این نظریه نهایتاً تشخیص اینکه ضرر و دامنه آن تا کجاست را به عرف واگذار کرده‌اند.[۲] بعضی نیز با خدشه در مستند قاعده اتلاف گفته‌اند، مراد از مال در «من اتلف مال‌الغیر فهوله ضامن»، مال فعلی است نه منافع.[۳]

امادر حقوق ایران به لحاظ تاریخی نخستین بار در ماده ۳۷ قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹ و سپس در ماده ۴۹ قانون ثبت علایم مصوب ۱۳۱۰ که در قانون نخست به خسارت ناشی از تنزل قیمت اشاره می کند، عدم‌النفع به عنوان ضرر شناخته شد و از نظر قانونگذار جبران آن لازم تلقی گردید. این موضوع که عدم‌النفع نیز نوعی ضرر است مجدداً در قوانین بعدی تکرار شد و از جمله در ماده ۹ ق. آ. د. ك. مصوب ۱۳۳۵، مواد ۵ و ۶ ق. م. م. مصوب ۱۳۳۹ مورد تأیید و حمایت قانونی قرار گرفت. دکتر احمد متین‌دفتری می گوید، ذیل ماده ۷۲۸ ق. آ. د. م نیز به استناد نظر فقهی حاج میرزا حبیب‌الله رشتی که در کتاب غصب، عدم‌النفع را ضرر دانسته‌است به ماده مزبور افزوده شد.[۴] در ذیل ماده مزبور آمده است «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده‌است». برخی از محققان نیز معتقدند باتوجه به مأخذ فرانسوی ماده ۲۲۶ ق. م. اخذ خسارت ناشی از عدم‌النفع در قانون مدنی نیز مورد تأیید قرار گرفته‌است.[۵]

درهر حال آنچه مسلم است، اینکه «ضرر شامل عدم‌النفع هم می گردد» در فقه و حقوق طرفداران زیادی دارد. مهم‌ترین ادله این گروه این است که در قاعده لاضرر، نفی ضرر در عدمیات نیز جاری است و چنانچه کارگری بازداشت شود که مستلزم از بین رفتن

---

۱. شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۷، پیشین، ص ۱۵ ـ سیدعلی طباطبایی، ریاض، شرح مختصرالنافع، دوجلدی، ج ۲ ـ کتاب‌الغصب، میرزای نائینی، پیشین، ص ۱۹۹ ـ ناصر کاتوزیان، ضمان قهری ـ مسئولیت مدنی، پیشین، ص ۱۴۳ ـ سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۴۰۷.

۲. ملااحمدنراقی، پیشین، عایده چهارم، ص ۱۸.

۳. ابوالقاسم گرجی، جزوه عدم‌النفع در حقوق اسلام، تحقیق شماره ۳۵۸، دفتر خدمات حقوق بین‌المللی.

۴. احمدمتین دفتری، آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ دوم تهران، ۱۳۴۲، ص ۶۰ به بعد.

۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین.

منافعی در ایام حبس گردد، این منافع فوت شده نیز باید جبران شود.[۱] همچنین در قاعده اتلاف (من اتلف مال الغیر فهو له ضامن) گفته اند مال شامل منافع نیز می گردد.[۲] به تعبیر عام تر مال چیزی است که نزد مردم مطلوب است و مستقیماً یا غیر مستقیم حوایج آنها را برطرف می کند که طبق این تعریف منافع را نیز شامل می گردد.[۳]

برخی دیگر با استناد به قاعده احترام مال مؤمن (لایحل مال امری الاعن طیب نفسه یا حرمة مال المؤمن کحرمة دمه) ضمان آور بودن عدم النفع و به تعبیر دیگر ضمان تفویت منافع را مسلم دانسته اند.[۴] بدین ترتیب قول به شمول عنوان ضرر بر عدم النفع دارای طرفداران زیادی است و چنین به نظر می رسد تردید در آن روا نباشد. به علاوه عدم قبول لزوم جبران منافع فوت شده نیز به هیچ وجه از جایگاه و پایگاه منطقی برخوردار نیست.

نکته دیگری که تذکر بدان در اینجا ضروری به نظر می رسد اینکه، عدم النفع ممکن است:

۱ـ ناشی از عدم افزایش دارایی مثبت باشد.

۲ـ ناشی از عدم کاهش دارایی منفی باشد.

۳ـ از ورود لطمه به تمامیت جسمی حاصل شود (مفاد ماده ۹ ق. آ. د. ك).

۴ـ از تجاوزات مالی ناشی شود (مفاده ماد ۳۲۰ ق. م.)

۵ـ ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر در آن باشد که این صورت علی القاعده به یکی از دو فرض اول و دوم باز گشت می کند.

در حقوق آنگلوساکسن عدم النفع[5] ضرر تلقی شده و موجب ضمان است. آرای فراوانی دیده می شود که در آنها قضات محاکم رأی بر جبران منافع فوت شده داده اند و در پاره ای موارد نیز به نظر می رسد پا را از حد متعارف و معقول فراتر گذاشته اند.

---

۱. سیدمصطفی محقق داماد، قواعدفقه، بخش مدنی، قاعده لاضرر، پیشین، ص ۱۶۵ به بعد.

۲. شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۱۰۴ ـ میرفتاح، پیشین، ص ۳۲۳.

۳. سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۱۱۲.

۴. آیت الله خویی(ره)، مصباح الفقاهه، ج ۳، پیشین، ص ۱۲۹.

5. Loss of Profit.

در یکی از دعاوی معروف آن موسوم به دعوای V. Newman Industries Victoria Laundry Ltd. در سال ۱۹۴۹ که:

خواهان بویلری را سفارش داده بود (که در کار لباسشویی و رنگ آمیزی پارچه و لباس مورد استفاده قرار می گرفت) امادیگ اولاً به موقع ساخته و تحویل نمی شود و ظاهراً هنگام نصب هم خسارت دیده بود. به هر حال قرارداد کامل و صحیح انجام نمی شود و خواهان به دلیل تأخیر در اجرای تعهد منافعی را از دست می دهد. سرانجام دادگاه رأی داد که خواهان حق دارد سود و منافع متعارف و قابل انتظاری را از خوانده مطالبه کند.[1] همچنین در دعوای Cape Hern Pigon بین آمریکا و روسیه داور چنین می گوید: اصل عام حقوق مدنی که به موجب آن غرامت شامل خسارت وارده است و شامل منافع فوت شده نیز می گردد در دعاوی بین المللی نیز قابل اعمال است.[2] یا پروفسور از استادان دانشگاههای بلژیك می گوید: عده زیادی بر این عقیده اند که عدم النفع همواره یك خسارت مستقیم و قابل جبران محسوب می شود و درپاسخ به این سؤال که آیا غرامت شامل عدم النفع هم می شود یا نه؟ اظهار می دارد: اولاً اصل پرداخت غرامت برای جبران عدم النفع پذیرفته شده است. ثانیاً محرومیت و از دست دادن منافعی که قانوناً مورد انتظار باشد همیشه قابل جبران بوده و مورد حکم قرار گرفته است.[3] در هر حال در حقوق انگلیس همهٔ خسارتهای ناشی از نقض قرارداد قابل مطالبه نیست. برخی آن قدر کوچك و ناچیز هستند که در خور مطالبه نمی باشند. کمااینکه در خصوص عدم النفع مربوط به کار نکردن آسیاب که به دلیل تأخیر متصدی حمل در ارسال میل لنگ آسیاب از سوی آسیابان ادعا شده بود، دادگاه خواهان را مستحق عدم النفع ندانست.[4] از این پرونده اصول زیر مدنظر حقوقدانان قرار گرفته است:

۱ـ خساراتی که به نحو منصفانه و متعارف و حسب جریان عادی امور ناشی از نقض قرارداد باشند قابل مطالبه هستند.

---

1. Smith and Thomas, Op. Cit. P. 579.

۲. جلالیان، پیشین، ص ۸۸.

۳. پیشین، ص ۹۰.

4. Smith and Thomas, Op. Cit., PP. 578-579.

۲ـ خساراتی که عقلاً در زمان انعقاد از نظر طرفین بر نقض قرارداد محتمل بوده است قابل مطالبه هستند.[۱]

در قوانین متحدالشکل آمریکا (U.C.C) حتی نوع خاصی از عدم‌النفع را مورد شناسایی قرارداده که طبق این مقررات هرگاه خریدار کالایی از اجرای قرارداد خودداری کند و کالای مورد معامله را نخرد، چنانچه فروشنده همان کالا را به خریدار دیگری بفروشد بازهم خریدار نخست عدم‌النفع حاصله از قرارداد اولی را باید جبران کند. چرا که از نظر فروشنده کاهش در سقف فروش سالانه برای فروشنده نوعی خسارت (عدم‌النفع) تلقی می‌شود و به هر حال تقلیل در سقف فروش باید جبران شود.[۲]

وبالاخره در ماده ۷۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی کالا آمده‌است: خسارت ناشی از نقض قرارداد به وسیله یکی از طرفین عبارت است از مبلغی برابر زیان، از جمله عدم‌النفعی که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده‌است...

۵ـ خسارت مقطوع[۳] (وجه‌التزام)

یکی دیگر از انواع خسارت، در حقوق کامن‌لا موسوم به خسارت مقطوع است که در حقوق ایران به وجه‌التزام شهرت یافته‌است. این خسارت که معمولاً طرفین قرارداد پیشاپیش مبلغی را بابت جبران خسارات احتمالی در نظر می‌گیرند از ویژگی ضمانت اجرای تعهدات نیز برخوردار است که سابقاً در مباحث مربوط به ضمانت اجراهای قراردادی به تفصیل مورد بحث قرارداده‌ایم. در خصوص اعتبار و نفوذ شرط وجه‌التزام در تعهداتی که موضوع آنها وجه نقد نیست مورد اتفاق و اجماع فقهاء و حقوقدانان اسلامی است. به علاوه ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران نیز صریحاً آن را مورد شناسایی و حمایت قرار داده‌است. همچنین مواد دیگری در مجموعه مقررات داخلی ما یافت می‌شوند که دلالت بر صحت و اعتبار آن دارند. یادآور می‌شود که این موضوع به تفصیل در مباحث پیشین آمده بود.

اما سخن اصلی و نزاع اساسی در میان حقوقدانان و فقهای امامیه در اینجاست که

---

1. David Barker & Colin padfield, Op. Cit. P. 177.
2. U.C.C. 2-705, 706, 708.
3. Liquidated Damage.

آیا در تعهدات پولی یا به تعبیر دیگر در تعهداتی که موضوع آنها وجه نقد است می توان بابت تخلف متعهد و تأخیر در اجرای تعهد مبلغی به عنوان وجه التزام در نظر گرفت یا خیر؟ به اختصار یادآور می شویم که تعیین وجه التزام در تعهدات پولی شمشیر دولبه‌ای است که عدم دقت کافی و عدم به کارگیری قواعد صحیح و اصولی ممکن است آثار نامطلوب اقتصادی و اجتماعی فراوانی را در پی داشته باشد. بی تردید رها کردن و آزاد گذاشتن سرمایه داران رباخوار در تنظیم قراردادهای متضمن وجه التزامهای سنگین و غیر منصفانه به انگیزه استثمار فقرا و مستمندان تأییدی است بر شیوع رباخواری و ستم بر فقرا. اما از سوی دیگر فقدان تضمین مناسب برای بازپرداخت به موقع دیون و تعهدات مالی نیز مستلزم ظلم و سوء استفاده در روابط فیمابین بازرگانان و بویژه اشخاص با بانکها و مؤسسات اعتباری و غیره خواهد بود. لذا چنین به نظر می رسد، تعیین مبلغی که، اولاً معقول و منطقی باشد، ثانیاً متناسب با خسارات احتمالی ناشی از تأخیر در اجرای تعهدات پولی باشد، ثالثاً در صورت ورود خسارت واقعی قابل مطالبه گردد، چندان خلاف عقل و منطق نباشد. خصوصاً که شورای نگهبان در تاریخ ۶۱/۱۲/۱۱ و در پاسخ به سؤال رئیس کل بانک مرکزی، به میزان زیادی گره موجود فیمابین مردم و بانکها را گشوده است.[۱] از این سؤال و جواب چنین استنباط می شود که شرط مورد عمل بانکها اگرچه به منظور تعیین مقطوع خسارت گنجانده می شود اما در عین حال جنبه تنبیهی و نتیجتاً تضمین اجرای تعهد اصلی در آن، بیشتر مورد لحاظ قرار می گیرد. از سوی دیگر چنین به نظر می رسد که بانکها در این پرسش و پاسخ خصوصیتی نداشته باشند و درباره سایر اشخاص نیز قابل اجرا و تعمیم است.

اما نکته‌ای که حایز اهمیت فراوان است اینکه با مشاهده برخی دیگر از نظرات شورای نگهبان[۲] در خصوص مورد بحث، چنین استفاده می شود که موضوع کماکان از ابهامات و

---

۱. استفساریه شماره ۴۹۰۵/ هـ مورخ ۶۱/۱۱/۲۸ رئیس کل بانک مرکزی وقت و پاسخ شماره ۷۷۴۳ مورخ ۶۱/۱۲/۱۱، شورای نگهبان، **مجموعه نظریات شورای نگهبان**، ج ۱، تهران، اداره کل قوانین و مقررات کشور، ۱۳۶۹، صص ۳۵۱-۳۵۰.

۲. نامه شماره ۵۹۹۳ مورخ ۶۵/۲/۱۷ شورای نگهبان به رئیس کل بانک مرکزی مبنی بر حرمت مطالبه خسارت دیرکرد از بدهکاران توسط بانکها، **مجموعه نظریات شورای نگهبان**، پیشین، ج ۲، ص ۸۸۰.

پیچیدگی‌های مهمی برخوردار است. لیکن به نظر می‌رسد، شورای محترم نگهبان در پرسش و پاسخ فوق‌الذکر طریق افراط را پیموده و چنانچه بانکها را موظف می‌کرد تنها به اعتبار خسارت وارده مبلغی را در نظر گرفته و اخذ نمایند به صواب نزدیکتر بود و باتوجه به آنچه در بند خسارت تأخیر تأدیه و بند حاضر گفته‌ایم تعیین و مطالبه مبلغی صرف‌نظر از خسارت وارده دارای جنبه تنبیهی بوده و نه تنها بانکداران بلکه سایرین را نیز در انعقاد قراردادهای ربوی آزاد و جسور خواهد نمود. کما اینکه شبهات فراوان موجود موجب دغدغه جدی شورای نگهبان شده و آن نهاد محترم را مجبور به صدور نامه اخیرالذکر می‌نماید.

در حقوق کامن‌لا نیز موضوع خسارت مقطوع از تحولات مهمی برخوردار بوده است. اختلافات سنتی میان دادگاههای انصاف و دادگاههای کامن‌لا نیز بر سیر پیچیده و ظهور تحولات جدی در آن افزوده است. باتصویب قوانین مصوب سالهای ۱۶۹۶ و ۱۷۰۵ میلادی در انگلستان سرانجام دادگاههای کامن‌لا نیز جنبه‌های مختلف خسارت مقطوع را مورد تفکیك قرارداده و اینك آنچه در این نظام حقوقی مورد عمل و رویه قضایی قرار گرفته‌است باطل شناخته شدن وجه‌التزامهای متضمن جنبه تنبیهی است. اما شرط وجه‌التزامی که به منظور تعیین مقطوع خسارت گنجانده می‌شوند نافذ و معتبر می‌باشند. البته ناگفته نماند که این بحث نیز در مباحث مربوط به شرط وجه‌التزام بیان شده‌است.

همچنین در حقوق کامن‌لا انواع دیگری از خسارت شناخته شده‌اند که عبارتند از:

۱ـ خسارات عمومی(General Damages): خسارات عمومی معمولاً در زمانی مطرح هستند که یك خطای مدنی یا نقض عهدی صورت گیرد. قاعده کلی درصورت تخلف از اجرای تعهد این است که زیان دیده تمامی آن چیزی را کسب کند که درصورت اجرای قرارداد تحصیل می‌نمود. لذا دادگاهها تلاش می‌کنند زیان دیده را در وضعیتی قراردهند که درصورت اجرای قرارداد برای او حاصل می‌شد. اما چنانچه درموردی تحقق هدف مزبور از سوی دادگاهها ممکن نباشد بااستفاده از مقررات مربوط به خسارات اختصاصی زیان دیده را در آن وضعیت قرارمی‌دهند.[1]

1. John. F. O'connell, Remedies, P.53 - John Parris, Comercial Law, London, 1972, P.51.

۲ـ خسارات اختصاصی (Special Damages): به خسارات ویژه‌ای گفته می‌شود که زیان دیده می‌بایست مشخصاً آنها را در دادخواست خود احصاء و مطرح کند. این دسته از خسارات نباید بی‌ارتباط با صدمات واقعی باشند. بلکه باید بین صدمات و خسارات ادعایی رابطه علّی وجود داشته باشد که بااطمینان و یقین قابل اثبات باشند.[۱]

۳ـ خسارت تنبیهی(Punitive Damages): خسارت تنبیهی خسارتی است که به منظور تنبیه یا تحذیر خوانده (مدعی علیه) و به دلیل اینکه او پا را از رفتار متعارف و استاندارد فراتر گذاشته است در نظر گرفته‌می‌شود. درخصوص این نوع از خسارت باید گفت اولاً تعیین آن با هیأت منصفه‌است که باملاحظه رفتار شرارت آمیز، ظالمانه و غیره خوانده میزان آن را درنظر می گیرند. ثانیاً قاعده براین است که برای نقض قراردادها خسارت تنبیهی پذیرفته نیست و حقوقدانان کامن‌لا براین عقیده‌اند که خسارت تنبیهی قابل قبول نیست مگر اینکه حقیقتاً مدعی متحمل ضرر و زیانی شده باشد.[۲]

۴ـ خسارت اسمی(Normianl Damages): به خسارتی گفته می‌شود که به‌طور ظاهری ازسوی دادگاه درنظر گرفته می‌شود و درمواردی این خسارت مطرح است که زیان و ضرر واقعی وجودندارد اما تحقق امری سبب حقی‌می‌شود که به موجب آن صاحب حق مدعی خسارت می گردد و دادگاهها نیز به‌طور نمادین و سمبلیك اقدام به صدور رأی موسوم به خسارت اسمی یا ظاهری می کنند. نظیر آنچه دردعوای Brace V. Calder رخ داده است.[۳] همچنین خسارات دیگری موسوم به خسارات تحقیرآمیز، خسارات عبرت آموز و غیره نیز در نظام حقوقی کامن‌لا مطرح هستند که از پرداختن به آنها صرف نظر می‌شود.[۴] (در این پرونده، Brace توسط یك شرکت برای مدت دو سال به استخدام درآمد. شش ماه پس ازآن، دو نفر از چهار شریك فوت می کنند و این امر سبب اخراج مستخدمین از شرکت می گردد. دو شریك باقیمانده به Brace پیشنهاد می کنند که حاضرند با همان شرایط سابق

---

1. John. F. O'connell, Remedies, P. 55 - John Parris, Op. Cit. P. 51.
2. John. F. O'connell, Op. Cit. P. 59.
3. Ibid, P. 36 - Smith and Thomas, Op. Cit. P.617.
4. David Barker & Colin Padfield. Op. Cit. P. 178.

مجدداً او را استخدام کنند. اما Brace از استخدام مجدد امتناع می کند و به خاطر اخراج غیر قانونی اقامه دعوا می نماید. دادگاه رأی داد که چون می توانسته است همانند یك فرد متعارف پیشنهاد را قبول کند، لذا مستحق خسارت صوری (اسمی) می باشد.)

بند پنجم- وجود رابطه سببیت بین تخلف و ورود خسارت

برای اینکه مسئولیت ناشی از شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد به وجود بیاید و زمینه ظهور آن حاصل شود، گفتیم که باید علاوه بر نقض عهد، خسارتی هم در نتیجه نقض عهد حاصل گردد. اما بدیهی است که صرف نقض عهد و عدم اجرای تعهد و همچنین ورود خسارت به تبع آن در اموال یا منافع متعهد له، برای مسئول دانستن متعهد کافی نیست. بلکه ممکن است در پاره‌ای موارد تعهد از سوی متعهد اجرا نشود و خسارتی هم برای متعهد له ببار بیاید، لیکن متعهد هیچ نقشی در این امر نداشته باشد. یا تخلف شخص متعهد از اجرای تعهد موجب خسارت وارده نشده باشد.

پیش از این گفته‌ایم که، طرفین برای تضمین قرارداد و جلوگیری از تخلف متعهد، دو گونه شرط مشابه یکدیگر را در ضمن قرارداد می گنجانند. یا شرط می کنند که اگر متعهد تخلف کند باید فلان مبلغ را بپردازد و یا این طور تصمیم می گیرند که اگر متعهد تخلف کند مستلزم ورود خسارتی خاص و قابل پیش‌بینی به متعهد له خواهد بود که در این صورت متعهد باید مبلغی که تقریباً معادل همان خسارت پیش‌بینی شده است به متعهد له بپردازد. شکل اول همان شرط وجه التزام محسوب می‌شود و شکل دوم هم شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد است که موضوع بحث ماست. در شرط وجه التزام اصلاً توجه و نگاه طرفین به خساراتی که ممکن است در اثر نقض قرارداد حاصل شود ندارند، بلکه عمدتاً توجه آنها به اجرای تعهد معطوف است و برای اینکه متعهد تخلف نکند مبلغی را به عنوان وجه التزام در نظر می گیرند. خواه در اثر تخلف خسارتی‌هم متوجه متعهد له بشود خواه نشود. اما در شرط تعیین قراردادی خسارت اساساً نگاه طرفین به مسئله، نگاه «جبران خسارت» است. یعنی از آنجا که طرفین عاقبت تخلف از اجرای تعهد را بخوبی درك می کنند و پیشاپیش از کم و کیف آن اطلاع دارند. لذا درج شرط تعیین

خسارت چاره جویی و توافقی است برای جبران خساراتی که عقلاء به طور متعارف آن را پیش‌بینی می کنند. بنابراین در شرط مورد بحث صرف احتمال وقوع تخلف، برای پیش‌بینی مبلغ مندرج در شرط کافی نیست، بلکه تخلفی مدنظر است که منجر به ایراد خسارت گردد. در نتیجه اگر از آن سوی قضیه به مسئله نگاه شود، باید گفت اراده مشترك طرفین برای مطرح شدن و اجرای شرط به حالتی تعلق گرفته است که خسارتی در اثر تخلف متعهد از اجرای تعهد متوجه مشروط له گردد. پس منطقاً باید بین ورود خسارت و تخلف متعهد رابطه‌ای وجود داشته باشد تا مصداق اراده مشترك طرفین برای درج شرط تلقی شود. یعنی اگر خسارتی به‌رغم تخلف متعهد، متوجه متعهدله شود ولی خسارت مزبور ناشی از تخلف او نباشد و رابطه سببیت بین آن دو یافت نشود، نباید متعهد را به استناد شرط خسارت مسئول دانست. به عنوان مثال اگر فروشنده از تحویل به موقع کالا خودداری کند و بر اثر پیش‌بینی طرفین به ازای هر روز تأخیر یکصد هزار ریال خسارت ناشی از عدم فروش به مشتریان خریدار (عدم‌النفع) متوجه او شود، منطقاً باید براساس شرط خسارت توسط فروشنده جبران شود (البته چنانچه عدم النفع را خسارت بدانیم). اما چنانچه در همان مدت تخلف و تأخیر در اجرای تعهد، اتفاقاً به دلایلی فروشگاه خریدار بسته شود و به گونه‌ای که در صورت داشتن کالای خریداری شده قادر به عرضه آن نباشد، نباید خسارات حاصله را ناشی از تخلف متعهد تلقی کرد.

همچنین اگر فروشنده قطعه زمینی شرط کند که خریدار حق ندارد در آنجا حمام عمومی یا مدرسه و یا کارگاه آهنگری و نظایر آن احداث کند و در صورت تخلف چون منجر به کاهش ارزش ملك مجاور متعلق به فروشنده می‌شود لذا موظف است مبلغ معینی بابت خسارت بپردازد. حال اگر خریدار تخلف کند و اقدامات اولیه برای احداث مثلاً مدرسه‌ای را آغاز کند اما اندکی پس از آن ملك مذبور به دلیل اجرای طرح خیابان کشی از بین برود، طبیعی است که بین تخلف و ورود خسارت رابطه‌ای نیست. در نتیجه زمینه‌ای برای اجرای شرط و به میان کشیده شدن آن به وجود نخواهد آمد. در حقوق انگلیس آرایی دیده می‌شود که با این نظر موافقت دارد. برای مثال شخصی که برای حمل دارو کشتی‌ای را اجاره کرده بود متوجه می‌شود کشتی مخازن مناسب و ظروف لازم برای حمل دارو را

نداشته است. طبعاً به همین دلیل صاحب کشتی از اجرای صحیح قرارداد تخلف نموده است.

اما قبل از اینکه دارو به دلیل وقوع تخلف مزبور از بین برود، کشتی طوفان زده شده و داروها در اثر حادثه مزبور از بین می‌روند. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود اینکه، آیا به‌رغم اینکه قبل از ورود خسارت به دلیل تخلف متعهد (صاحب کشتی) داروها به سبب حادثه‌ای دیگر از بین رفته باشند می‌توان برای متعهد متخلف نیز تقصیری قائل شد و او را به جبران خسارات ناشی از تخلف مجبور ساخت؟ دادگاه این متعهد را مسئول خسارات وارده ندانسته است.[1] آنچه مهم است اینکه باید بین تخلف و ورود خسارت رابطه سببیت وجود داشته باشد.

در حقوق ایران از ظاهر برخی مقررات چنین استنباط می‌شود که رابطه سببیت بین ورود خسارت و تخلف متعهد لازم نیست. مثلاً در ماده ۴۹۳ ق. م. آمده است: «... اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است، اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.» همچنین در ماده ۵۱۶ همین قانون، تعهدات متصدیان حمل و نقل را همان تعهدات امانت داران دانسته و آورده است «... در صورت تفریط یا تعدی مسئول تلف یا ضایع شدن اشیایی خواهند بود که برای حمل به آنها داده می‌شود و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود.» یعنی متصدی حمل و نقل مسئول تلف و خسارات وارده بر محموله است هر چند تلف مال ناشی از تخلف متصدی در ایفای وظایفش نباشد. اما چنین به نظر می‌رسد قانون تجارت از این نظر عدول کرده و شیوه دیگری را ارائه نموده است که تا حدودی با گفته‌های پیشین و آنچه از حقوق انگلیس آوردیم مطابقت دارد. در ماده ۳۸۶ ق. تجارت آمده است: «اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال‌التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده و یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن

1. Treitel, Op. Cit. P. 734.

جلوگیری نماید...». این ماده بازگشت به همان اصل لزوم رابطه سببیت بین ورود خسارت و تخلف دارد. در اینجا از ادامه بحث پرهیز می کنیم تا در بند دوم از همین گفتار پس از تحلیل و ارزیابی ماهیت مسئولیتهای ناشی از قرارداد اصلی و شروط ضمن عقد و نیز پس از بررسی اراده مشترك طرفین از درج شرط خسارت، حکم مثالهایی که فوقاً اشاره شده اند را مورد مطالعه قرار دهیم.

مبحث سوم ـ تعریف، مسائل و مختصات اجرای شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد هر چند به نوبه خود یك قرارداد محسوب می شود اما در عین حال معمولاً باید در جانب و ضمن یك قرارداد اصلی دیگری موضوعیت پیدا کند. به همین دلیل نیز تاکنون از آن به عنوان شرط تعیین قراردادی خسارت یاد کرده ایم. از سوی دیگر صرف نظر از اینکه آن را قرارداد یا شرط بنامیم، در هر حال متضمن تعهدی است که در صورت فراهم آمدن شرایط آن باید به مورد اجرا گذاشته شود و طرفی که شرط مزبور را پذیرفته، موظف است مفاد آن را اجرا کند. در این فراز از گفتار حاضر، ابتدا اجرای شرط را به اختصار تعریف می کنیم. سپس مختصات و شرایط لازم برای اجرای شرط تعیین قراردادی خسارت را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

گفتار اول ـ تعریف اجرای شرط

شرط مورد بحث یك تعهد قراردادی است. اگر چه غیر مستقل بوده و اغلب نقش ضمانت اجرا برای قرارداد دیگری را بازی می کند، اما در مقام اجرا باید آن را از منظر یك تعهد قراردادی نگریست.

از سوی دیگر پیش از این گفته بودیم که شرط مورد بحث قابل تحلیل به دو شرط نتیجه و شرط فعل نیز می باشد. یعنی در شرط تعیین قراردادی خسارت به اعتبار اینکه

مشروط علیه قبول تعهد به جبران خسارت می کند و شرط مزبور متضمن این معناست، لذا باید بدین اعتبار آن را شرط نتیجه نامید. اما در عین حال توافق طرفین در خصوص پرداخت مبلغی به عنوان خسارت و به تعبیر دیگر التزام یك طرف به انجام عمل یا پرداخت چیزی در صورت تخلف ماهیتاً شرط فعل محسوب می‌شود. در نتیجه وقتی سخن از اجرای شرط تعیین قراردادی خسارت به‌میان می آید باید ابعاد مذکور نیز مد نظر قرار گیرند.

برای ارائه تعریف از اجرای شرط تعیین قراردادی خسارت، صرف نظر از ماهیت آن و به عنوان یك تعهد قراردادی، به نظر می‌رسد به دلیل وضوح و روشنی مفهوم آن اغلب صرف نظر کرده‌اند و طبعاً به عرف واگذار شده است. به همین دلیل در فقه وحقوق ایران نیز تعریف مشخصی از اجرای شرط یا اجرای تعهد قراردادی مشاهده نمی‌شود. در حقوق کامن‌لا نیز اجرای تعهد اعم از تعهدات ناشی از قرارداد یا شرط تحت واژه Performance[1] و به معنای انجام قول یا قرارداد یا هر گونه تعهد قراردادی مورد بحث و تحلیل قرار گرفته است. واژه Execution نیز با اندك تفاوتی در کتب حقوقی انگلیسی تعریفی از اجرای تعهد را ارائه می‌دهد.[2] همچنین در عربی به معنای انجاز، تنفیذ و اجرا می‌توان واژه‌های مزبور را مورد مطالعه قرار داد.[3]

با مقدمه‌ای که گذشت، اجرای شرط تعیین قراردادی خسارت اگر به اعتبار شرط نتیجه مورد نظر باشد، بی‌تردید نتیجه مطلوب یعنی «تعهد به جبران خسارت و متعهد شدن مشروط علیه به جبران خسارت» به محض وقوع عقد حاصل است و جایی برای اجرای این نتیجه باقی نمی‌ماند. تنها مانعی که برای اجرا و در واقع تحقق چنین نتیجه‌ای به نظر

---

1. The doing of what is requried by undertaking or contract on Statute.
The Oxford companion to Law. Op. Cit. P. 946 (performance) (انجام آن چیزی که به وسیله تعهد، قرارداد یا قانونی لازم شمرده شود).
The Fulfillment or acomplish ment of a promise, contract or other obligation according to its terms. (Black's Law Dictionary, Op. Cit. P. 593.
2. Black (M.A.), Henry Campbel, Black's Law Dictionary, 5th.ed., West publishing co n., 1983, P. 293 - The oxford companion to Law Op. Cit,P.448.
۳. منیر البعلبیکی، المورد، قاموس انگلیسی-عربی، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۸۹ «Execution, Performance».

می‌رسد، این است که شرط با مانع حقوقی مواجه شود و در نتیجه نامشروع و باطل اعلام گردد. در چنین وضعیتی هم بسته به اثر شرط در عقد و قرارداد اصلی یا سبب خدشه و اختلال در رکنی از ارکان قرارداد اصلی می‌شود که طبعاً موجب بطلان عقد و قرارداد اصلی هم خواهد شد.[۱] یا به مقتضای اصل اولی و با توجه به آنچه در خصوص شرایط مربوط به شروط ضمن عقد گفته شد تأثیری در عقد و قرارداد اصلی نداشته و بدرستی آن لطمه نمی‌زند. در این صورت نیز طبق ماده ۲۴۰ ق. م مشروط له فقط اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.[۲] طبعاً یکی دیگر از آثار چنین شرطی این است که قابل اسقاط نخواهد بود. چرا که به حکم قانون یا نتیجه خود به خود حاصل است و موضوعی برای اسقاط باقی نمی‌ماند، یا پس از انعقاد عقد و شرط معلوم می‌شود که از آغاز شرط مزبور نامشروع و باطل بوده و در نتیجه در حکم معدوم تلقی می‌شود.[۳]

اما چنانچه چهره دیگر شرط موضوعیت پیدا کند، یعنی متعهدی که به موجب شرط نتیجه ملتزم به جبران خسارت به شیوه‌ای که مطابق با توافق طرفین باشد، شده بود، اینك به مقتضای نوع خاص توافق که به نوعی شرط فعل تلقی می‌شود باید در صورت فراهم شدن زمینه‌های ظهور شرط نسبت به مفاد آن کارسازی و اقدام عملی کند. اجرای این چهره از شرط، یعنی اقدام به آنچه در شرط مورد توافق طرفین قرار گرفته است. وفای به مفاد شرط و اقدام مشروط علیه نسبت به آنچه طلبکار طبق شرط مستحق آن

---

۱. در حقوق ایران احکام مربوط به شرط مجهول ساری به [illegible] ضین، شرط خلاف مقتضای عقد، عقد مبتنی بر شرط نامشروع و غیره قابل ذکر است. در حقوق کامن لا نیز شرط مخالف نظم عمومی یا مخالف با اخلاق حسنه از جمله شروطی هستند که در اغلب موارد موجب فساد عقد شده و استثنایی بر اصل تجزیه کردن شرط فاسد از قرارداد اصلی محسوب می‌شوند. ر. ك:

1- Anson, Op. Cit. P. 289-92.

2- Treitel. Op. Cit. P. 435.

3- Muray. Op. Cit. P. 508.

۲. از مفاد ماده ۲۴۰ ق. م. می‌توان برای امکان فسخ عقدی که شرط نتیجه در آن باطل یا ممتنع است استفاده کرد ماده ۲۴۰ ق. م. چنین اظهار می‌دارد: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ص ۲۲۹.

۳. ماده ۲۴۴ ق. م. ایران: «. . . لیکن شرط نتیجه قابل اسقاط نیست».

شناخته می‌شود. این چهره از شرط برخلاف چهره نخست آن خود به خود محقق نمی‌شود. از سویی استقرار موضوع تعهد ناشی از شرط در ذمه متعهد (نه اصل تعهد)، مستلزم تحقق مقدماتی است، و از سوی دیگر اجرای چنین شرطی نیازمند به فعل خارجی مشروط علیه است. مقدمات مذکور بسته به نوع توافق و ابعاد آن است. چنانچه شرط مزبور همانند وجه التزام و به گونه‌ای که در صورت اول از بند پیشین گفته شد منعقد شده باشد، صرف وقوع تخلف، برای مطرح شدن شرط کافی بوده و در چنین وضعی اجرای شرط یعنی تأدیه مبلغ وجه التزام. اما در صورتی که شرط به شیوه‌ای که در صورتهای دوم و سوم از همان مباحث گفتیم منعقد شده باشد طبعاً علاوه بر وقوع تخلف ایراد خسارت نیز لازمه مطرح شدن شرط خواهد بود. در این صورتها نیز اجرای شرط یعنی وفای به مفاد شرط به گونه‌ای که طرفین بدان توافق کرده‌اند. نکته مهم این است، که برخلاف چهره نخست شرط، چه بسا مشروط علیه از اجرای شرط خودداری کند و یا به گونه‌ای مغایر با مفاد واقعی شرط آن را اجرا کند و به تعبیر دیگر اجرای شرط فعل و این بُعد از شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد تماماً منوط به اراده مشروط علیه است و بدیهی است که به محض انعقاد شرط و حتی وقوع تخلف به خودی خود مفاد آن شرط اجرا نخواهد شد.

گفتار دوم ـ طرق اجرای شرط

۱ ـ اجرای اختیاری

۲ ـ اجرای اجباری

اجرای اختیاری بدین صورت است که متعهد (مدیون) آنچه را که طبق شرط متعهد شده بود اداء کند و به تعبیری اسباب سقوط تعهد ایجاد شده را فراهم آورد. البته ناگفته نماند که اگر طلبکار (مشروط له) از قبول آنچه متعهد می‌پردازد و یا اقدام می کند خودداری نماید، متعهد می تواند با دادن مال یا به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او خود را بری سازد. لیکن از تاریخ این اقدام او مسئول خسارتی که پس از آن ممکن است در موضوع

حق ایجاد شود نخواهد بود.[۱]

اجرای اجباری نیز در صورتی مطرح است که متعهد از اجرای شرط استنکاف ورزد. خواه با انکار اصل تعهد و عدم قبول شرط، خواه با امتناع از اجرای مفاد شرط. از طرفی هم، چون لزوم وفای به شرط چنان قاطع و حتمی است که کمترین تردیدی در آن نمی‌شود، لذا مسئله اجبار به اجرای شرط مطرح می گردد. اما برای اینکه تعهدی تنها در لفظ و کاغذ الزام‌آور نباشد و در خارج نیز امکان الزام متعهد به اجرای تعهد عملی شود باید ضمانت اجرای مناسبی در ورای هر تعهد وجود داشته باشد تا به کمك آن زمینه اجرای تعهد را فراهم آورد. در خصوص ضمانت اجرای شرط نیز چند چیز عنوان شده است که هر کدام از آنها هم طرفدارانی دارد.

۱ـ برخی ضمانت اجرای شرط فعل را حق فسخ برای مشروط له دانسته‌اند. یعنی اگر متعهد از اجرای شرط خودداری کند، قرارداد اصلی در معرض زوال قرار گرفته و مشروط له می تواند آن را فسخ کند.[۲]

۲ـ عده‌ای نیز دو ضمانت اجرا را در عرض هم برای متعهد له (مشروط له) در نظر داشته و معتقدند او می تواند یا قرارداد اصلی را فسخ کند یا اجبار متعهد به اجرای شرط را به‌وسیله دادگاه بخواهد.[۳]

۳ـ بر خلاف نظریه دوم، بعضی حق فسخ و اجبار متعهد را در طول هم دانسته و معتقدند چنانچه اجبار متعهد به اجرای شرط و وفای به مفاد آن ممکن نباشد می توان

---

۱. ماده ۲۷۳ ق. م. ایران اظهار می دارد: اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند، متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می‌شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.

۲. علامه حلی، تحریر، ج ۱، پیشین، ص ۱۸۰ ـ شهید اول، شرح لمعه، ج ۳، پیشین، ص ۵۰۶.

۳ـ علامه حلی، تذکره، ج ۱، پیشین ـ سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۳، پیشین، ص ۲۶۸ و ۲۶۹ (و جامع المقاصد به نقل از همین نویسنده) ـ امام خمینی(ره)، کتاب البیع، ج ۵، پیشین، ص ۲۲۰ (ثم انه لا ینبغی الاشکال فی ان المشروط مخر بین الاجبار و الفسخ. اما الاول فلانه مقتضی حقه، ولا اشکال فی ان الحق مطلق لا اشتراط فیه و لا تقیید، و اما الفسخ فلانه مع التخلف یثبت خیار التخلف عند العقلا من دون توقف علی التعذر، فبمجرد التخلف عن الشرط یثبت الخیار العقلایی لتخلفه عن القرار و الشرط) ـ سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، پیشین، ص ۴۲.

به سراغ حق فسخ رفت، والّا تا جایی که ممکن است باید متعهد را وادار به اجرای شرط کنیم.[۱]

۴ـ نظریه چهارمی نیز مطرح شده است که در پاره‌ای موارد یا عملی نخواهد بود و یا ناگزیر باید به نظریه سوم برگشت کند. طبق این نظریه، اجرای شرط هم، همانند اجرای تعهدهای اصلی (مثل پرداخت ثمن) بوده و در صورت امتناع متعهد تنها راه ممکن اجبار اوست. صاحب این نظریه معتقد است، اگر اجماعی در تأئید نظریه سوم نبود و ادله وارده هم دلالتی بر امکان فسخ نداشتند، چه بسا نظریه چهارم باید برگزیده می‌شد و در هر حال نسبت به حق فسخ معامله باید به قدر متقین اکتفاء کرد.[۲]

اگر چه از ظاهر مواد قانون مدنی ایران در پاره‌ای مقررات، نظریه دوم استنباط می‌شود، اما صراحت ماده ۲۳۹ ق. م. مطابق با نظریه سوم می‌باشد. از تفصیل این بحث بیش از این در اینجا خودداری می‌شود. حکم مسئله مورد بحث در حقوق کامن لا اگر چه به تفصیلی که در حقوق ایران و فقه اسلام مطرح است، نیامده، اما کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰، با الهام از حقوق کامن لا مقرراتی را آورده است که پیش از این، هم نظرات حقوقدانان انگلیسی و آمریکایی و هم مقررات کنوانسیون مزبور را به تفصیل آورده‌ایم.[۳]

گفتار سوم ـ زمان اجرای شرط (زمان مطالبه مبلغ تعیین شده در شرط)

مشروط له در چه زمانی می‌تواند مبلغ تعیین شده در شرط را مطالبه کند؟ آیا به محض وقوع تخلف چنین حقی ایجاد می‌شود یا خیر؟ برای روشن‌تر شدن مسئله به دومثال

---

۱. شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۲۸۵ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، پیشین، ص ۲۱۹ ـ میرزای نائینی، پیشین، ص ۱۳۴.

۲. جواهر الکلام، همان.

۳. مهراب داراب پور، ج ۲، پیشین، ص ۱۷۳ـ همچنین رجوع شود به:

1- Cheshire , Fifoot and Furmstons,Op. Cit . P .628.

2- Benjamins, Op. Cit .P .880.

3- American Jurisprudence, Op. Cit. P .8.

اشاره می کنیم. فرض کنیم متعهدی که قرار است حداکثر تا پایان سال جاری تعدادی واحد مسکونی تحویل متعهدله دهد و در صورت تخلف و عدم تحویل به موقع هم موظف به پرداخت مبلغی به عنوان خسارت گردیده باشد، چنانچه تا آخرین روزهای سال هیچ اقدامی نکرده باشد، اگر چه هنوز زمان اجرای تعهد (تحویل واحدهای مسکونی) فرا نرسیده است، اما به طور قطعی معلوم است که متعهد قادر به اجرای تعهد نبوده و قطعاً مرتکب تخلف خواهد شد. این مثال که به نقض قبلی[1] شهرت دارد از نظر حقوق ایران و کامن‌لا[2] مورد مطالعه قرار گرفت. در این مثال اگر چه زمان اجرای تعهد اصلی هنوز فرا نرسیده است اما وقوع تخلف قطعی است و طبعاً ایراد خسارت هم حتمی خواهد بود. اما به عنوان مثال فرض کنیم، متعهد له ترك فعلی را تعهد کرده باشد، مثلاً شرط شده باشد که خریدار قطعه‌ای زمین، متعهد می‌شود که در آنجا حمام احداث نکند و الّا موجب خسارت به یك یا چند حلقه چاه آب مورد مصرف فروشنده خواهد شد که در این صورت باید مبلغ معینی بابت خسارت قابل پیش‌بینی به فروشنده زمین بپردازد. در این فرض ممکن است خریدار به‌رغم توافق به عمل آمده اقدام به تأسیس حمام کند و با آوردن مصالح ساختمانی و غیره عملیات اجرایی مربوطه را آغاز نماید. بدیهی است تا زمانی که حمام به بهره‌برداری کامل نرسیده باشد مسئله ورود خسارت به چاههای مجاور مطرح نیست. حال آیا مشروط‌له در همین اثنا حق دارد به بهانه قطعی الحصول بودن ورود خسارت، با توجه به اینکه تخلف قطعی شده است، مطالبه مبلغ تعیین شده در شرط را بنماید؟ برای رسیدن به پاسخ مناسب لازم است سؤال فوق را مورد تحلیل بیشتری قرار دهیم. سؤال مذکور قابل تحلیل به دو فرض متمایز از یکدیگرند. فرض نخست اینکه، اگر طرفین این طور توافق کرده باشند که چون تخلف خاص و موردنظر، مثل احداث حمام، مستلزم ورود چنان خسارتی خواهد بود که پیشاپیش معلوم است و در نتیجه با تعیین مبلغی معین چگونگی جبران خسارت احتمالی را مورد توافق قرار می‌دهند، لذا با توجه به قصد مشترکشان که صرف تخلف را

---

1. Anticipatory Breach.
2. Corbin, Op. Cit, P.940- Treitel, Op. Cit, P.769.

مستلزم قطعی ورود خسارت فرض کرده‌اند و برای چنین شرایطی هم شرط جبران خسارت مطرح شده است، طبعاً باید گفت به محض شروع اولین اقدامات نقض قرارداد از سوی متعهد، پای شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد به میان خواهد آمد. چرا که نقض تعهد یعنی تعهد به ترک فعل احداث حمام، نقض شده و با لحاظ اینکه از نظر طرفین همین مقدار دلالت بر ورود قطعی خسارت مشخصی خواهد داشت، لذا موضوع شرط جبران خسارت مطرح شده و حق مطالبه خسارت تعیین شده به وجود می آید. تفاوت این فرض با وجه التزام در این است که در وجه التزام ممکن است اساساً هیچ توجه و التفاتی به اینکه نتیجه نقض عهد چه خواهد شد و آیا منجر به ورود خسارت و یا حتی خسارت خاصی خواهد شد، ندارند. بلکه صرفاً برای جلوگیری از نقض قرارداد اصلی از سوی متعهد مبلغی را پیش‌بینی می کنند و بس.

اما در فرض مذکور جلوگیری از نقض قرارداد، هدف اصلی طرفین نیست. بلکه هدف اصلی آنها جلوگیری از نقض و تخلفی است که منجر به ورود خسارت خاصی می‌شود که برای جبران چنین خسارتی نیز شرطی در ضمن عقد منعقد می‌شود. چه بسا در این فرض نقض عهد چندان هم ناخوشایند نباشد. چرا که در چنین فرضی برای تخلف متعهد در مقابل منافع یا بهره‌برداری‌ای که او از اقداماتش خواهد داشت مبلغی در نظر گرفته می‌شود که طرفین با محاسبه سود و زیان جوانب قضیه بدان رضایت داده‌اند. متعهدله می‌داند که اگر متعهد تخلف کند مثلاً حداکثر یك یا چند حلقه چاه آب شیرین خود را از دست خواهد داد. در عوض مبلغی که منطقاً تکافوی چنین خسارتی را می کند در شرط ضمن عقد تعیین کرده و از متخلف می‌ستاند. متعهد هم چنین می اندیشد که اگر در زمین خریداری شده حمام احداث کند چنانچه منافع حاصله در برابر خسارتی که باید بپردازد ناچیز باشد و تکافوی آن را نکند، طبعاً از تخلف و نقض عهد صرف نظر می نماید.

بنابراین بدیهی است که زمان مطرح کردن اجرای شرط و حق مطالبه خسارت از سوی متعهدله درفرض مذکور، به محض شروع تخلف و نقض عهد یعنی اقدام به احداث حمام خواهد بود و اگر چه هنوز ساخت حمام به اتمام نرسیده و بهره‌برداری از آن آغاز نشده و طبعاً هنوز فاضلاب حمام مزبور هم موجب از بین رفتن چاههای آب مجاور زمین

حمام نشده است. بلکه حسب قصد مشترك طرفین و نیز توافق آنها، وقوع تخلف (یعنی ایراد خسارت) و خسارت هم پیشاپیش معلوم بوده و مبلغ تعیین شده هم باید بابت همان خسارت پرداخت شود.

اما فرض دومی که قابل تصور است اینکه طرفین مبلغ تعیین شده را برای حالتی در نظر گرفته باشند که خسارت تحقق عینی و بالفعل یافته باشد. نه اینکه همانند فرض نخست صرف قطعی الحصول بودن تخلف کافی باشد. در فرض دوم به محض پدیدار شدن نشانه‌های تخلف و حتی قطعی شدن آن مثلاً با آوردن مصالح ساختمانی برای احداث حمام و اجرای بخشی از آن، اگر چه تخلف و نقض عهد قطعی است اما چون هنوز ورود خسارت آغاز نشده و توافق در شرط هم برای حالتی است که خسارت وارد شده باشد، در نتیجه زمان اجرای شرط، وقوع تخلف نیست هر چند به طور حتم منجر به ورود خسارت هم خواهد شد. بلکه زمان اجرای شرط و پدید آمدن حق مطالبه خسارت پس از وقوع تخلف و ایراد خسارت بالفعل و عینی است.

در عمل، تفاوت مهمی بین دو فرض مذکور متصور است. پیش از این گفته‌ایم که نگاه و توجه اصلی طرفین در شرط مورد بحث به ورود خسارت بوده و مبلغ تعیین شده نه به عنوان خسارتی که چهره‌ای از وجه التزام باشد، بلکه بابت خسارت واقعی مورد توافق قرار گرفته می‌شود. لذا چنانچه نهایتاً تخلف متعهد به‌رغم پیش‌بینی بسیار دقیق و منطقی طرفین اتفاق نیفتد و یا مثلاً متعهد از تعهد به ترك فعل احداث کارخانه سیمان در منطقه تحت پوشش کشاورزی سرپیچی کند اما فیلتری برای تصفیه دود و ضایعات نصب کند که مطلقاً خسارتی متوجه زمینهای اطراف نشود. یا به دلیل حوادثی خارج از اراده متعهد مثل سیل و نظایر آن زمینه‌ای برای ورود خسارت باقی نماند (به‌رغم تخلف متعهد). مثلاً باغهای اطراف یا ساختمانهای اطراف به دلیل پیشروی آب دریا به سمت ساحل، از بین بروند. طبعاً احداث کارخانه یا حمامی که قبل از پیشروی آب دریا موجب ایراد ضرر و زیان به اموال مشروط له می‌شده است، دیگر موجب ضرر نخواهد شد، چرا که محل ورود خسارت منتفی گردیده است. حال با طرح مثالهای فوق تفاوت بین دو فرض پیش گفته تا حدودی روشن می‌شود. اگر فرض نخست مورد توافق و قصد طرفین باشد طبعاً به محض پدیدار

شدن نشانه‌های تخلف و نقض عهد حق مطالبه خسارت هم به وجود می آید و مبلغ تعیین شده باید به مشروط له پرداخت شود هر چند که ممکن است در آینده حوادثی مثل سیل محل ورود خسارت را نابود کند. در حالی که اگر فرض دوم مورد توافق و اراده طرفین واقع شده باشد باید منتظر ماند تا خسارت قطعی حاصل گردد چه بسا به‌رغم تخلف متعهد و در آستانه‌ورود خسارت، بهره‌برداری از آبهای زیرزمینی از سوی دولت ممنوع شود در نتیجه اگر چه حمام احداث شده است اما موضوع اضرار به چاه آب فروشنده زمین منتفی خواهد بود. یا به دلیل صنعتی شدن منطقه عمومی محل احداث کارخانه سیمان، اضرار به کشاورزی منطقه اطراف، جایی برای طرح نداشته باشد. در نتیجه اگر همانند فرض نخست قائل به لزوم پرداخت مبلغ تعیین شده به محض وقوع تخلف باشیم، چه بسا مدت زمانی که متعهد شروع به تخلف و نقض عهد می کند تا زمان ورود خسارت عینی، مدت مدیدی باشد و بخصوص که در آستانه بهره‌برداری از بنای احداث شده و شروع ورود خسارت، محل ورود خسارت هم نابود و منتفی شود، طبعاً در این مدت مبلغ تعیین شده باید در اختیار متعهدله باشد، درحالی که حق چنین نیست.

تکلیف مثالها و فرضهایی که گفته شد در حقوق ایران و کامن لا بوضوح مشخص نشده است. اما با توجه به آنچه از مقررات مربوط به حق حبس و مقررات فصل سوم از قانون مدنی ایران و مشابه آنها در حقوق کامن لا مشاهده می‌شود، تا حدودی می توان وضعیت آنها را در مقررات موجود روشن کرد.

در حقوق ایران، هر گاه قراردادی منعقد شود که در آن اجرای قرارداد برای مدت معینی شرط شده باشد و برای تخلف از اجرای به موقع آن هم مبلغی به عنوان خسارت در نظر گرفته شود، متعهدله بایدتا زمان انقضای مدت مقرر صبر کند و حق مطالبه خسارت تنها پس از انقضای آن مدت محقق می گردد.[۱] بنابراین قبل از انقضای مدت پیش‌بینی شده هر چند وقوع تخلف در آینده قطعی هم باشد، مشروط له حق مطالبه خسارت را نخواهد

---

۱. ماده ۲۲۶، ق. م. «در مورد عدم ایفای تعهدات از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد. . .»

داشت، در صورتی هم که برای اجرای تعهد زمان و مدت خاصی پیش‌بینی نشده باشد، اصل این است که متعهد باید بی‌درنگ به تعهدات خود عمل کند و ادعای متعهد که تعهد منعقده مؤجل بوده و نیاز به زمان دارد خلاف اصل تلقی می‌شود و مستلزم اثبات از سوی اوست.[۱] بلی در مواردی هم که طبع کار و تعهد مورد توافق به گونه‌ای است که اجرای آن عرفاً نیازمند به زمان و مدت طولانی است و انجام فوری آن ممکن نیست، باید مهلتی برای متعهد در نظر گرفته شود. قانون مدنی ایران لزوم رعایت مواعد عرفی وبنایی را در عقد بیع که مصداق بارز معاملات تلقی می‌شود چنین آورده است: «اگر در عقد بیع شروطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعدی معین نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن حال محسوب است، مگر اینکه برحسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجاری، وجود شرطی یاموعدی معهود باشد، اگر چه در قرارداد بیع ذکری نشده باشد.» (ماده ۳۴۴ ق. م) در حقوق انگلیس نیز بر امر رعایت مواعد عرفی در مواردی که موعدی برای اجرای قرارداد تعیین نشده باشدتأکید شده است. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ نیز با الهام از حقوق اروپایی سه شیوه برای تعیین مواعد اجرای قرارداد بویژه تسلیم کالا در قرارداد فروش را در ماده ۳۳ آورده است که به اختصار عبارتند از:

۱ـ تعیین دقیق تاریخ اجرای قرارداد

۲ـ تعیین دوره‌ای برای اجرای قرارداد

۳ـ احاله به آنچه معقول و متعارف است. یعنی اگر شیوه‌های اول و دوم رعایت نشده باشد باید قرارداد پس از انعقاد، ظرف مدت معقولی اجرا شود.

حال در صورتی که پس از انعقاد قرارداد ظاهراً معلوم شود که یکی از طرفین به علل مندرج در ماده ۷۱ کنوانسیون مزبور بخش اساسی تعهدات خود را ایفاء نخواهد کرد، طرف دیگر حق خواهد داشت اجرای تعهدات خود را معلق سازد (ماده ۷۱ کنوانسیون). اما چنانچه این نقض قرارداد واضح و آشکار باشد ماده ۷۲ کنوانسیون مزبور حق اجتناب از

---

۱. در حقوق ایران مواد ۴۹۰ (بند ۳)، ۶۵۱، ۷۰۴، از قانون مدنی و ماده ۲۴۲ قانون تجارت در خصوص مطالب مذکور قابل استناد هستند.

قرارداد و به تعبیری اعلام بطلان قرارداد به متعهدله را به رسمیت شناخته است.

نماینده آمریکا در هنگام تدوین ماده ۷۲ اظهار می‌دارد، دکترین نقض احتمالی در حقوق کامن‌لا صرفاً محدود به رفتار طرف قرارداد است. بنابراین در صورتی که نقض احتمالی از اوضاع و احوال یا وقایعی غیر از رفتار طرف قرارداد استنباط شود موجب بروز نتایج غیر عادلانه‌ای خواهد بود. اما در عین حال برای تعلیق اجرای قرارداد که در ماده قبل عنوان شده است، اگر چه برخی از کشورها حق محدودی قائل شده و تنها آن را منوط به ورشکستگی طرف قرارداد (خریدار) کرده‌اند، لیکن در حقوق آمریکا محدوده آن را وسیع‌تر در نظر گرفته و علاوه بر اینکه برای هر دو طرف این حق را پذیرفته است، تأکید می‌کند چنانچه هر طرف بخواهد می‌تواند تا برطرف کردن شك و تردید در مورد اجرای قرارداد از سوی طرف دیگر، قرارداد را به حالت معلق نگه دارد.[1]

مشابه این وضعیت در حقوق ایران طبق ماده ۳۸۰ ق. م. چنین آمده است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند.» این ماده و مواد ۵۳۲ و ۵۳۳ از قانون تجارت به نوعی از نقض احتمالی در آینده سخن گفته و ضمناً حق تعلیق اجرای قراداد برای طرف دیگر نیز از آنها قابل استنباط می‌باشد.

درهر حال اگر چه مقررات مربوط به زمان طرح کردن اجرای شرط خسارت و ظهور حق مطالبه آن، در صورتی که مدت مقرر برای اجرا منقضی نشده باشد و یا وقوع تخلفی مثل نقض تعهد به ترك فعل صورت گرفته باشد و هنوز خسارت مورد پیش‌بینی هم حاصل نشده باشد، در حقوق ایران بوضوح دیده نمی‌شود، اما از مقررات مربوط به تعلیق و آنچه گفته شد می‌توان استنباط کرد که اگر مشروط له تکلیفی داشته باشد می‌تواند به محض وقوع تخلف، حداقل تکالیف خود را معلق دارد. ولی مطالبه خسارت را باید منوط به فراهم آمدن زمان و کلیه شرایط مندرج در قرارداد و شرط دانست. البته در حقوق کامن‌لا همان گونه که قبلاً هم گفته‌ایم در دعاوی متعددی از جمله دعوای Hochester V. Dela Tour

1. U.C.C, 2-609 - Honnold, Op. Cit, P.396.

مربوط به سال ۱۸۵۳ میلادی و نیز دعوای Frost V.Knight مربوط به سال ۱۸۷۰ م. حق مطالبه خسارت قبل از فرارسیدن موعد اجرای قرارداد، برای مشروط له‌ای که از نقض قرارداد توسط متعهد آگاه می‌شود، به رسمیت شناخته شده است. طبعاً چنین حقی که طی شرط ضمن عقد تکلیف چگونگی خسارت توسط طرفین پیش‌بینی شده‌است به طریق اولی قابل اثبات خواهدبود.[1]

گفتار چهارم ـ شرایط استحقاق متعهدله نسبت به مطالبه و اجرای شرط

بی تردید به‌رغم ظهور مسئولیت ناشی از شرط و زمان فرارسیدن اجرای آن، همیشه متعهد له مستحق مطالبه مبلغ تعیین شده در شرط یا وجه التزام پیش‌بینی شده نخواهد بود. بلکه برای اینکه مشروط له (متعهد له) مستحق مطالبه واجرای شرط بشود باید از نظر قانون یا طبق توافق، به تکالیف خودش نیز عمل کرده باشد، والّا چه بسا چنین استحقاقی برای او شناخته نشود. یا تابع شرایطی باشد که تحقق آنها ضروری باشد. این شرایط عبارتند از:

بند اول ـ متعهد له باید به تکالیف خود عمل کرده باشد

این تکالیف معمولاً دو دسته‌اند. دسته اول، تکالیفی هستند که مربوط به زمان قبل از زمان فرارسیدن موقع اجرای شرط می‌باشند. یعنی قبل از اینکه موضوع اجرای شرط مطرح شود، متعهدله باید به آن وظایف عمل کرده‌باشد. مهم‌ترین وظایف متعهدله در این مقطع را می‌توان اولاً مطالبه اجرای تعهد و قرارداد اصلی دانست. ثانیاً او باید برای کاهش خسارت تا جایی که ممکن است تلاش کرده باشد.

الف ـ مطالبه اجرای تعهد (قرارداد اصلی)

از آنجا که بحث مطالبه اجرای تعهد با زمان و موعد اجرای تعهد بستگی دارد، لذا بدین اعتبار تعهدات را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

---

1. Cheshire and Fifoot, Op. Cit, P.535 - Smith and Thomas, Op. Cit, P.551.

اول ـ تعهداتی که مدت معینی (سررسید) برای اجرای آنها در نظر گرفته می‌شود. در این قسم چنانچه موعد اجرای تعهد فرا رسد اما متعهد از اجرای تعهدش امتناع کند، ممتنع از انجام تعهد محسوب شده و پای مطالبه اجرا و یا مطالبه خسارت به میان می‌آید.

اصل این است که متعهد به وظایف خود عمل کند و طبعاً بر این اساس احراز خودداری و امتناع متعهد منوط به مطالبه اجرای تعهد از سوی متعهدله نخواهد بود. بلکه فرارسیدن موعد انجام تعهد و عدم انجام آن از سوی متعهد برای صدق عنوان ممتنع بر متعهد کافی است. اگر چه از ظاهر ماده ۲۷۸ ق. م. چنین بر می‌آید که حتی در تعهداتی که برای اجرای آن موعدی معین می‌شود، مطالبه اجرا از سوی متعهد له لازم است، اما با توجه به ماده ۲۲۶ ق. م. این توهم چندان قابل اعتنا نیست. البته نظر به اینکه حقوق فرانسه در قانون مدنی ایران آثاری را به جا گذاشته است، تذکر این نکته ضروری است که در حقوق فرانسه احراز خودداری متعهد در پاره‌ای از قراردادها[1] هر چند مدت دار، با مطالبه متعهدله صورت می‌گیرد.[2] در حقوق ایران این قاعده در خصوص تعهدات پولی و مسئله خسارت تأخیر تأدیه اجرا نمی‌شود. بلکه تأخیر در پرداخت پول، هر چند که موعد معین داشته باشد باید به وسیله اظهارنامه رسمی اجرا شود والّا طلبکار مستحق مطالبه خسارت و اجرای شرط نیست.[3]

دوم ـ تعهداتی که برای اجرای آنها مدت معینی پیش‌بینی نشده باشد. در چنین تعهداتی اگر موضوع آن پرداخت مبلغی پول باشد، تأخیر مدیون از آغاز مطالبه منشأ مسئولیت بوده و طبعاً مطالبه اجرای تعهد برای استحقاق متعهد له در مطالبه و اجرای شرط خسارت، نقش اساسی خواهد داشت.[4] همچنین اگر در تعهداتی موعد انجام تعهد را

---

۱. در حقوق فرانسه هم قاعده «لزوم مطالبه» با استثناهای فراوانی روبرو است. کاتوزیان. قواعد عمومی، ج ۴، پیشین، ص ۱۵۸.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، ج ۱، پیشین، ص ۲۷۶.

۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، پیشین، ص ۲۶۵.

۴. در ماده ۷۲۱ ق. آ. د. م چنین آمده است: در صورتی که راجع به خسارت تأخیر تأدیه قراردادی نشده باشد اگر خواسته به وسیله اظهار نامه مطالبه شود خسارت تأخیر از تاریخ ابلاغ اظهارنامه والّا از تاریخ اقامه دعوا محسوب خواهد شد.

به اختیار متعهدله محول کرده باشند، بدیهی است که متعهد له باید طی یك اخطار رسمی مطالبه اجرای تعهد را از متعهد بنماید. در صورت امتناع، ممتنع از انجام تعهد محسوب شده، نتیجتاً موضوع اجرای شرط خسارت مطرح می گردد. پس مطالبه اجرای قرارداد اصلی در این قبیل تعهدات نیز برای به وجود آمدن استحقاق متعهدله نسبت به مطالبه خسارت و اجرای شرط ضمن عقد ضروری است. این امر صریحاً از ماده ۲۲۶ ق. م. ایران قابل استنباط است.

میشل لوراسا در کتاب مسئولیت مدنی خود چنین آورده است «این اخطار رسمی (که متعهد له باید برای متعهد ارسال دارد) عبارت است از دستور صریح مبنی بر لزوم اجرای تعهد، که در امور مدنی به وسیله مأمور ابلاغ و در امور تجاری به وسیله نامه سفارشی ابلاغ می گردد. کلیه طلبکاران قراردادی مکلف به ارسال اخطاریه مطالبه اجرای حق می باشند. جز در موارد استثنایی که به وسیله قانون پیش بینی شده و یا عدول از این تکلیف مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد. اثر لزوم ارسال اخطاریه این است که تکلیف جبران خسارت به جای اینکه از تاریخ عدم اجرای قرارداد شروع شود، از روزی که تشریفات مربوط به ارسال اخطاریه تکمیل و انجام می شود آغاز می گردد. این امر دو نتیجه را به دنبال دارد: اولاً خسارت تأخیر در اجرای قرارداد از تاریخ ابلاغ اخطاریه تعلق می گیرد. ثانیاً اگر پس از ابلاغ اخطاریه قوه قاهره پیش آید و موجبات عدم امکان اجرای قرارداد را فراهم سازد، باز هم متعهد قراردادی مسئول شناخته خواهد شد.»[1]

در حقوق انگلیس اجرای تعهد (Performance) یکی از اسباب سقوط تعهد است. طرفی که قرارداد را مطابق با شرایط آن اجرا کرده است از تعهدات خود مبّری می گردد و در این صورت حق دارد از طرف مقابل عمل به تعهد را طلب کند. اما در حقوق انگلیس اصل بر این است که اجرا باید بدون درخواست متعهد له صورت گیرد. مدیون باید در جستجوی بستانکار در آمده و تعهدش را نسبت به او اجرا کند. در عین حال قاعده مزبور ممکن است به دو صورت تغییر کند. یا در اثر توافق خلاف قاعده را پذیرفته باشند یا عرف تجاری غیر از آن را اقتضاء

---

۱. میشل لوراسا، پیشین، ص ۹۱.

کند. در صورت نخست، اجرای قرارداد عند المطالبه عملی خواهد شد و در صورت دوم هم، چنانچه متعهد له که دارنده سند تجاری خاصی مثل برات یا سفته است باید سند را به متعهد ارائه کند و پس از آن اجرای مفاد سند تجاری را مطالبه نماید. متعهد نیز باید در ظرف مدت معقولی پس از دریافت سند از عهده اجرای آن بر آید.[۱] یا ممکن است ماهیت تعهد به گونه‌ای باشد که لزوم مطالبه اجرای آن را اقتضاء کند. مثلاً برای اینکه موجر، مورد اجاره را حسب تعهدش تعمیر کند باید از سوی مستأجر اخطاریه‌ای (Notice) برای موجر ارسال گردد.[۲]

ب- تلاش برای کاهش خسارت (تقلیل خسارت)[۳]

یکی از وظایف متعهد له (مشروط له) برای استحقاق مطالبه خسارت مندرج در شرط، قبل از مطالبه خسارت، این است که کلیه اقدامات لازم برای پیشگیری از ورود یا کاهش خسارت، که عرفاً قادر به انجام آن بوده است را، انجام داده باشد. در پاره‌ای موارد، متعهد له قادر است با تلاشی که می کند از ورود خسارت به‌رغم تخلف متعهد جلوگیری کند. یا حداقل از میزان آن بکاهد. متعهد له نباید به بهانه اینکه چون برای نقض تعهد خسارتی پیش‌بینی شده و در صورت نقض، متعهد مسئول پرداخت خسارت خواهد بود، لذا از تلاشی که می تواند مانع ورود خسارت به خود می‌شود دریغ ورزد. البته ناگفته نماند که اگر متعهد له خود عامل ورود ضرر باشد، بدیهی است که هیچگونه حقی در مطالبه خسارت و اجرای شرط برای او باقی نخواهد ماند.

درهر حال تلاش برای جلوگیری یا کاهش خسارت قبل از نقض قرارداد توسط متعهد یا حتی پس از آن، مادامی که زمینه ظهور و طرح اجرای شرط خسارت به وجود نیامده یا اقدامی برای مطالبه خسارت نشده است، وظیفه‌ای است که متعهد له باید آن را انجام دهد. ممکن است زمان اجرای قرارداد هنوز به پایان نرسیده باشد اما متعهدله متوجه شود که متعهد از اجرای قرارداد خودداری خواهد کرد[۴] و لذا چنانچه تا زمان موعد اجرای قرارداد

1. Bill of Exchange ACT 1882. SS. 41(1)(a), 40(1).
2. Treitel, Op. Cit. P.669 - Hulsbury s, Op. Cit, vol. 9. P. 330.
3. Duty to mitigation.
4. Anticipatory Breach.

صبر کند ممکن است حتی خسارت پیش بینی شده هم جبران خسارات واقعی وارده را ننماید.[1] مثلاً میزبانی که یك روز قبل از پذیرایی از میهمانان خود متوجه می‌شود که صاحب رستوران از ارائه خدمات لازم عاجز خواهد بود، طبیعی است که مطالبه مبلغ پیش بینی شده در قرارداد به عنوان خسارت جبران ضررهای معنوی و حیثیتی میزبان را نخواهد کرد. بر همین اساس در صورتی که میزبان بتواند حداقل این ضرر معنوی را به طور قطعی جبران کند باید با رستوران دیگری اقدام به عقد قرارداد مشابه بنماید.

همچنین خواهد بود، هر گاه متعهد له پس از انقضای مدت اجرای قرارداد و تحقق نقض عهد، قبل از طرح مسئله مطالبه خسارت، بتواند از ورود خسارت بیشتری جلوگیری کند. مثلاً هر گاه متعهدی تحویل علوفه در موعد مقرر را تعهد کرده باشد اما به تعهد خود در آن موعد عمل نکند، متعهد له باید رأساً علوفه مورد نیاز را تهیه و خسارات ناشی از تأخیر در خصوص افزایش بهای علوفه را به هر میزان که ممکن است کاهش دهد. از این رو چنانچه از اقدام فوق کوتاهی کند و دامهای او تلف شوند جبران این خسارت بر عهده متعهد نخواهد بود.[2] چرا که عدم اقدام برای تقلیل خسارت، رفتاری است علیه خود و با تکیه بر «قاعده اقدام» باید خسارات ناشی از رفتار خود را پذیرا گردد.[3]

مثالی دیگر: هر گاه شخصی آبیاری باغی را تعهد کرده باشد، چنانچه وظایف خود را به موقع انجام ندهد مسئول خسارات حاصله مثل خشکیدن درختان و بوته‌ها خواهد بود. حال در صورتی که مالك باغ در اثنای مدت اجرای تعهد مطلع شود که به دلیل تخلف متعهد تنها بخشی از باغ آسیب دیده و هنوز به طور کامل از بین نرفته و در صورت اقدام به موقع امکان جلوگیری از اتلاف کامل یا بیشتر باغ خواهد بود، باید اقدام به جلوگیری از ورود خسارت بیشتر بکند. در غیر این صورت متعهدنسبت به خساراتی که پس از اطلاع متعهدله

---

1. Guest (A.G.), Op. Cit., PP. 814. 816 - Reynolds (F.M.B) the common Law library, 15th. Ed., London, Sweet & Maxwell 1985, No. 1, Para 1713 - 1919.

۲. برای دیدن مثالهای مشابه رجوع شود: کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، پیشین، ص ۲۴۶.

۳. استاد محمود شهابی(ره) گفته است: چنانچه شخصی خودش به کاری که موجب زیان اوست خرسند باشد و بدان تن در دهد، این خرسندی را اقدام خوانده و این اقدام هم موجب سقوط ضمان وارد آورنده ضرر است. **قواعد فقه، خلاصه تقریر درس**، ص ۱۰۳ چاپخانه علمی، چاپ دوم، مهرماه ۱۳۲۶.

و ضمناً قصور او در کاهش خسارت به وجود می آید مسئول نخواهد بود. چرا که متعهد له در حقیقت خودش احترام مال خود را از بین برده و به ضرر خویش اقدام کرده است.[۱]

در حقوق ایران به سختی می توان قواعد خاصی برای موضوع تقلیل خسارت پیدا کرد. اما در عین حال موادی از مقررات جاری به گونه‌ای تنظیم شده‌اند که در این خصوص قابل استناد هستند. از جمله ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ و ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و غیره در خصوص مقابله با خسارت بیشتر، مؤید این نظریه به شمار می‌رود.

در حقوق کامن‌لا موضوع مسئولیت متعهد له در تقلیل خسارت، از وضعیت روشن‌تری برخوردار است. در این نظام حقوقی قاعده‌ای موسوم به Duty to mitigation پذیرفته شده است که متضمن نکات مهمی به قرار ذیل می‌باشد:

نکته اول اینکه، متعهد له باید تمامی اقدامات متعارف و معقول را که موجب جلوگیری یا کاهش خسارت ناشی از نقض قرارداد می گردد، معمول دارد. در نتیجه خساراتی را که خوانده (متعهد) بتواند اثبات کند که ناشی از قصور خواهان (متعهد له) در تقلیل میزان خسارت بوده است، قابل مطالبه نخواهد بود. نظیر آنچه مجلس اعیان در سال ۱۹۱۲ در دعوای شرکت وستینگهاوس علیه شرکت راه آهن برقی زیرزمینی لندن اظهار نظر کرده است.[۲]

---

۱. آقای دکتر کاتوزیان در تفسیری از قاعده اقدام چنین آورده است: اگر کسی اقدام به اسقاط احترام مال خود کند و به زیان خویش به کاری دست زند، دیگر حق ندارد از باب خسارتی که دیده است تقاضای جبران ضرر کند. **حقوق مدنی، ضمان قهری ـ مسئولیت مدنی**، ص ۹۶.

2. British westinghouse Electric and manufacturing Co V.Underground Electric Railways co of London (1912), Smith & Thomas, Op .Cit . PP. 617 - 619 - Hanblin & F.B wright, Introduction to commercial Law , 2ed, London , Sweet & Max well Pub. 1983. P.116.

همچنین در دعوای Brace V.Calder در سال ۱۸۹۵، خواندگان، که یك شرکت چهار نفره تشکیل داده بودند، شخصی را به عنوان مدیر برای مدت دو سال استخدام می کنند. پنج ماه بعد شرکت منحل می‌شود و مدیر مزبور را اخراج می کنند اما دو نفر از شرکای شرکت منحل شده به مدیر اخراج شده (خواهان) پیشنهاد استخدام در جای دیگر با شرایط مشابه شرکت قبلی می‌دهند. خواهان پیشنهاد را نمی‌پذیرد و برای حقوق دو سالی که بر اساس تحلیل خود از دست رفته بود طرح دعوا می کند. اما دادگاه مقرر می‌دارد: «چون خواهان می توانسته است با قبول پیشنهاد دوم از خسارت وارده جلوگیری کند»، لذا تنها او را برای دریافت خسارت جزیی و صوری مستحق می‌داند. ر. ك.

Brace v.calder (1895), Smith & Thomas, Op. Cit. P. 617. Treitel, Op. Cit. PP. 881-883- Cheshire, & Fifoot, Op. Cit. P.614.

نکته دوم، متعهد له (خواهان) می‌تواند در صورت اقدام برای کاهش خسارت، هزینه یا خسارت ناشی از رفتار خود را هم که ناگزیر از تحمل آن بوده است، از خوانده (متعهد) مطالبه کند.[۱]

نکته سوم، از خواهان بیش از یك رفتار و اقدام معقول انتظار نمی‌رود. یعنی او موظف نیست برای تقلیل خسارت دست به اقدامات سخت و غیرمطمئن بزند.[۲]

نکته چهارم، هرگاه در حین اقدامات کاهش دهنده خسارت، منافعی نصیب متعهدله (خواهان) گردد، به مقدار منافع بدست آمده از خسارت قابل پرداخت توسط متعهد (خوانده) کسر می‌گردد.[۳]

نکته پنجم، در جایی که نقض قبلی صورت می‌پذیرد، اگر متعهد له به جای آنکه فسخ قرارداد را اعلام کند، بقای قرارداد را تأیید نماید، موظف به تقلیل خسارت قبل از رسیدن موعد اجرای قرارداد نخواهد بود.[۴]

نکته ششم، اگر طرفین قرارداد (خواهان و خوانده) هر دو فرصت مساوی برای کاهش خسارت داشته باشند و یا خوانده چگونگی کاهش یا اجتناب از ضرر را به خواهان (متعهد له) نشان بدهد، خواهان ملزم به توسل جستن به طریقه مزبور برای کاهش خسارت نیست و عدم اقدام او در چنین شرایطی غیر معقول محسوب نمی‌شود.[۵]

در هر حال در حقوق کامن‌لا مثالهای فراوانی دیده می‌شود که مسئولیت و تکلیف متعهدله قبل از ادعای خسارت، به دلیل نقض تعهد توسط متعهد را، در کاهش خسارت

---

1. Guest (A.G), chity on contract, vol I. Op. Cit. P. 1160.
2. Rubert Duxbury, Op. Cit, P. 99 - Benjamins, Op. Cit. P. 188.
3. MCgregor Harvey, Mcgregor on damage 13 Ed., London Sweet and Maxweel pub. 1972, P.146.
4. Rubert Duxbury, Op. Cit. P. 99.
5. American Jurisprudence Vol. 15 1938, Op. Cit, Editorial Staff of the publishers, P. 477 - Corbin on contracts Vol. 5, Op. Cit. p. 269.

نمایان می‌سازد.[۱] یکی از طرق کاهش خسارت که بسیار معمول و شناخته شده است، باز فروشی[۲] کالای فروخته شده و یا خرید جایگزین است. این دو امر را به عنوان یك حق برای جلوگیری یا کاهش خسارت در حقوق آمریکا و انگلیس در ذیل مقررات مربوط به جبران خسارت و یا فسخ قرارداد که به همان منظور پیش‌بینی شده است آورده‌اند. در حقوق انگلیس مواد ۴۷ تا ۵۱ از قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ (Sale of Goods Act 1979) به مسئله باز فروشی و طرق جبران خسارت خریدار یا فروشنده اختصاص یافته و در قانون یکنواخت تجاری آمریکا (U.C.C) نیز مجموعه مقرراتی را برای جبران خسارتهای ناشی از نقض قرارداد توسط یکی از طرفین مقرر کرده است. بخشی از این مقررات که در ماده ۷۰۳ـ۲ جمع شده‌اند دربردارنده چند ضمانت اجرا برای فروشنده است که در صورت نقض قرارداد از سوی مشتری می‌تواند آنها را اعمال کند. بخشی دیگر هم در ماده ۷۱۱ـ۲ جمع شده‌اند که متضمن چند ضمانت اجرا و به تعبیری طرق جبران خسارت برای خریدار است که در صورت لزوم می‌تواند آنها را اعمال کند. در بند سوم از ماده ۷۰۳ـ۲ از U.C.C به اختصار حق باز فروشی مورد معامله را برای فروشنده و حتی حق مطالبه هزینه پرداخت شده برای آن را هم مورد شناسایی قرار داده است. در عین حال تفصیل مسئله بازفروشی را باید در ماده ۷۰۶ـ۲ جستجو کرد. ماده مذکور و مواد دیگری از U.C.C شرایط و شروط مفصلی را برای بازفروشی بیان داشته‌اند که چون موضوع اصلی بحث ما نیست از آنها صرف نظر می‌کنیم. اما پاسخ به یك سؤال اساسی در اینجا بی‌تردید ضروری است. در مطلع این فراز گفته‌ایم که یکی از تکالیف متضرر یا متعهد له این است که حتی‌الامکان تلاش کند تا از ورود ضرر جلوگیری و یا حداقل آن را کاهش دهد. لذا این تلاش یك تکلیف است نه حق. درحالی که از بازفروشی به‌عنوان یك حق نام بردیم. بنابراین در صورتی که تقلیل

---

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص تقلیل یا mitigation می‌توان به کتب ذیل مراجعه کرد:

* Treitel, Op. Cit, PP. 881 - 886.
* Murray on contracts, Op. Cit. PP. 695 - 704.
* Cheshire & Fifoot & Furmston's Law of contract, Op. Cit, PP. 614 - 618.
* Anson, Op. Cit. P. 744.

2. Resale.

خسارت منوط به بازفروشی باشد آیا متعهد له (فروشنده در اینجا) می تواند از آن صرف نظر کند؟ یا خیر؟

برای پاسخ به سؤال مذکور ذکر چند نکته ضروری است. اولاً مسئله بازفروشی در حقوق آمریکا، انگلیس و همچنین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ و قانون متحد الشکل بیع بین‌المللی ۱۹۶۴ در خصوص مورد بحث ما وضعیت مشابهی دارند (تفاوت اندك است). ثانیاً بازفروشی باید با حسن نیت انجام شود. ثالثاً فروش باید از نظر بازرگانی منطبق بر رفتاری معقول باشد. رابعاً اینکه، بازفروشی حق است یا تکلیف به موجب مقررات آمریکا و انگلیس حق فروشنده است و فروشنده حق دارد مورد معامله را بازفروش کند نه اینکه ملزم به فروش مال باشد.[1] تکلیف به بازفروشی نیز تنها درصورتی به‌وجود می آید که مال فاسدشدنی[2] یا در معرض تنزل سریع[3] قیمت باشد.[4] اما طبق ماده ۷۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ که مقرر می‌دارد:[5]

«طرفی که به نقض قرارداد استناد می کند، مکلف است حسب اوضاع و احوال در جهت کاهش زیان - از جمله عدم النفع - ناشی از نقض، اقدامات متعارف را معمول دارد. در صورتی که در انجام اقدامات فوق قصور نماید، نقض کننده می تواند به میزانی که خسارت می‌باید تقلیل می‌یافت، مدعی کاهش خسارت گردد.»

چنین استنباط می‌شود که به هر حال هر گونه اقدام متعارف برای کاهش خسارت الزامی است خواه تنها با بازفروشی ممکن باشد یا تنها از طرق دیگر یا هر دو. در عین حال کنوانسیون مزبور در بند ۲ ماده ۸۸ تصریح می کند:

---

1. Murray on contract, Op. Cit, P. 740.
2. Deterioration.
3. Threater to decline in value.
4. J.Honnold, Op. Cit, P.463 - U.C.C 2 - 603.
5. ماده ۷۷ کنوانسیون تقریباً همان ماده ۸۸ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی ۱۹۶۴ لاهه است که در این ماده می خوانیم: «طرفی که به نقض قرارداد استناد می کند باید تمام اقدامات متعارف برای مقابله با خسارت ناشی از نقض قرارداد را به عمل آورد. اگر موفق به این اقدامات نشود، طرفی که نقض قرارداد کرده است می تواند کاهش خسارت را مدعی شود.»

«هر گاه کالا در معرض فساد سریع باشد یا نگاهداری آن مستلزم هزینه غیر متعارف باشد، طرفی که مطابق مواد ۸۵ یا ۸۶ ملزم به حفظ آن است، مکلف است جهت فروش آن اقدامات متعارفی را معمول دارد...»

در خصوص خرید جایگزین نیز وضعیت مشابه است و نظر به پرهیز از تطویل کلام، تنها اشاره‌ای کوتاه را لازم می‌دانیم. در بخش ۷۱۱ـ۲ از U.C.C به پاره‌ای از طرق جبران خسارت پرداخته است که بر اساس آن خریدار کالا هر گاه از قبول کالای ارسال شده خودداری کند و آن را نپذیرد می‌تواند به یکی از طرق جبران خسارت متوسل شود. در این خصوص نیز رعایت اقدامات متعارف الزامی است. اگر چه طبق ماده ۲ـ۷۰۲ از U.C.C خریداری که به دلیل نقض قرارداد از سوی فروشنده مجاز به فسخ قرارداد شده است، می‌تواند هم ثمن را باز پس گیرد و هم خسارات حاصله را مطالبه کند. اما با وجود مقررات بعدی خصوصاً ۲ـ۷۱۱ تکلیف به کاهش خسارت توسط خریدار نیز کماکان مثل فروشنده باقی است[1]. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ که از روش کامن لا الهام گرفته است، صریحاً در ماده ۴۵ آورده است:

«هر گاه بایع در ایفای هر یك از تعهدات خود طبق قرارداد یا این کنوانسیون، کوتاهی کند، مشتری می‌تواند الف... ب: به ترتیب مقرر در مواد ۷۴ و ۷۷ مطالبه خسارت کند.»

بنابراین روشن است که تکلیف به تلاش برای کاهش خسارت قبل از مطالبه آن برای کسی که ضرر متوجه اوست شرط لازم برای استحقاق مطالبه خسارت است. در خصوص اینکه شرایط دیگر مربوط به بازفروشی یا خرید جایگزین چیست و در صورتهای مختلف چه حکمی دارند در اینجا متعرض آنها نمی‌شویم. بلکه آنچه مهم بود اینکه تکلیف به کاهش خسارت مسلم است و یکی از طرق شایع و مهم آن هم بازفروشی یا خرید جایگزین است که به دلیل اهمیت بیشتر آن اشاره‌ای مختصر بدان را لازم دانستیم.

دسته دوم از تکالیف متعهدله، تکلیفی است که پس از فرا رسیدن قطعی موعد اجرای شرط مطرح می‌شود. به بیان دیگر در صورت نقض عهد توسط متعهد و تحقق

1. Murray on contract, Op. Cit. PP. 353 - 740 - J.Honnold, Op. Cit, P. 297.

زمینه‌های لازم برای اجرای شرط، متعهد له باید مطالبه اجرای شرط و در واقع مطالبه مبلغ پیش‌بینی شده را بنماید. این طور نخواهد بود که اگر متعهد تخلف کند و مرتکب نقض عهد شود، خود به خود متعهد می‌شود که مبلغ پیش‌بینی شده را برای متعهدله ارسال دارد و یا به گونه‌ای نظیر آن، خسارات پیش‌بینی شده را جبران کند. بلکه، این وظیفه متعهدله (زیان‌دیده) است که به محض وقوع تخلف و پدیدار شدن زمینه اجرای شرط، خسارت پیش‌بینی شده در شرط را مطالبه کند. این امر اگر چه به ظاهر بدیهی و روشن به نظر می‌رسد، اما ممکن است در پاره‌ای موارد متعهدله تعمداً، یا به دلیل عدم اطلاع از نقض عهد، یا عجز از مطالبه خسارت و یا به هر دلیل دیگری مطالبه خسارت مندرج در شرط را تأخیر بیندازد. در چنین صورتی مسئله مهمی که ظاهر می‌شود این است که خسارت وارد بر تأخیر در پرداخت خسارت چگونه خواهدبود؟ یعنی مهم‌ترین ثمره عملی این بحث مطرح شدن خسارت مرکب (خسارت بر خسارت) است.

در برخی از قوانین ملی، بهره مرکب تابع نظم عمومی است که اغلب به نفع متعهد محدود می‌شوند. در حقوق ایران طبق ماده ۷۱۳ ق. آ. د. م «خسارت از خسارت قابل مطالبه نیست».

اما در عین حال اگر فرض کنیم که بهره مرکب مجاز باشد، طبیعی است که مطالبه خسارت که به نوعی مبین زمان ورود خسارت بر خسارت هم خواهد بود، تأثیر مستقیمی بر مسئولیت هر یك از طرفین و میزان آن خواهد داشت. هر چند که با توجه به مقررات و آرای موجود در حقوق ما خسارت بر خسارت پیش‌بینی شده را هم نمی‌توان گرفت.[۱]

به هر ترتیب، آنچه به نظر می‌رسد این است که متعهدله (زیان دیده) باید به محض تحقق زمینه‌های اجرای شرط، مبلغ پیش‌بینی شده را مطالبه نماید. یکی از مؤلفان در این خصوص گفته‌اند طبق مقررات حقوق مدنی فرانسه تا زمانی که بستانکار پرداخت

---

۱. در حکم شماره ۱۴۵۰-۲۶/۲/۳ شعبه ۴ در مورد خسارت تأخیر تأدیه وجه التزام چنین آمده است: «چون وجه التزام خود نوعی از خسارت می‌باشد، بنابراین مطالبه خسارت نسبت به تأخیر تأدیه وجه التزام مطابق ماده ۷۱۳ ق. آ. د. م صحیح نخواهد بود.» از این رو می‌توان گفت مطالبه خسارت نسبت به تأخیر تأدیه خسارت پیش‌بینی شده در شرط ضمن عقد هم به طریق اولی صحیح نخواهد بود.

دین را مطالبه نکرده است چنین فرض می‌شود که او از این تأخیر در پرداخت، زیان نمی‌بیند و بدان راضی است. لذا از این جهت نباید ادعای خسارت برای این مدت را داشته باشد.[۱]

در حقوق ایران هم طبق رأی شماره ۹۳۳ مورخ ۲۱/۴/۱۷ شعبه ۳ دیوان کشور، بدون مطالبه خسارت رأی به پرداخت آن نباید داده شود.

بند دوم ـ خسارت قابل پرداخت باید دارای اوصاف ذیل باشد

بی تردید طرفین قرارداد به دلیل اصل حاکمیت اراده با رعایت شرایطی می‌توانسته‌اند میزان خسارت حاصله از نقض قرارداد را پیش‌بینی کرده و به صورت شرط ضمن عقد مورد توافق قرار بدهند. در خصوص ماهیت و نفوذ آن هم به تفصیل سخن گفته‌ایم. اما نکته‌ای که در مقام اجرای چنین شرطی قابل بحث است اینکه صرف توافق برای اجرای آن کافی نخواهد بود. بلکه پس از وقوع تخلف و به میان کشیده شدن پای شرط مزبور، بدیهی است که باید خسارت وارده با آنچه مورد توافق و تراضی طرفین بوده انطباق داشته باشد. منطقاً دادگاه باید طرفین را به آنچه ملتزم شده‌اند وادار کند. لذا خسارت وارده پس از نقض عهد برای اینکه قابل مطالبه باشد باید دارای اوصاف و مشخصاتی باشد که ذیلاً به آنها اشاره می‌کنیم. این اوصاف غیر از شرایط مربوط به صحت شرط ضمن عقد است که قبلاً مورد بحث قرار گرفته‌اند.

الف ـ خسارت وارده باید مسلم باشد

در مباحث مربوط به مسئولیت مدنی گفته‌اند، یکی از شرایط اصلی ضرر قابل مطالبه، قطعی و مسلم بودن آن است. مدعی ضرر باید در بحث مزبور اثبات کند که ورود ضرر قطعی است. به صرف احتمال ورود ضرر مسئولیت مدنی محقق نمی‌شود. درصورتی که ضرر قطعی نباشد و تنها خطر تحقق ضرر وجود داشته باشد، باید صبر کرد تا ضرر قطعی و ثابت گردد. این امر در خصوص خسارت تخلف از اجرای تعهد که طرفین

---

۱. سید حسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، ص ۲۳۰.

پیشاپیش آن را در صورت وقوع تخلف خاصی مفروض دانسته و به موجب شرط هم میزان و چگونگی جبران آن را مورد توافق قرار داده‌اند، صادق و جاری است. یعنی اگر چه طرفین توافق کرده‌اند که چون تخلف مورد نظر مستلزم ورود خسارت معلومی خواهد شد و برای جبران آن چاره اندیشی کرده‌اند، اما معلوم بودن وقوع چنین حادثه‌ای دلیل قطعی شدن آن نیست. چه بسا همان گونه که سابقاً هم اشاره کرده‌ایم، عوامل و حوادث غیر مترقبه اوضاع را بکلی دگرگون سازد. مثلاً صاحب رستورانی، متعهد می‌شود که در اول خرداد ماه برای حدود هزار نفر غذای مشخصی را مهیا سازد. طرفین می‌دانند که در صورت تخلف رستوران، متعهد له مجبور خواهد شد برای تهیه غذای مورد نیاز در چنین صورتی به میزان یك میلیون ریال اضافه‌تر هزینه کند. اما اگر چه رستوران از اجرای به موقع تعهد تخلف می‌کند و در موعد مقرر هیچ غذایی را تهیه نمی‌کند، اما به دلیل حادثه‌ای که برای عروس یا داماد پیش می‌آید میزبان در موعد مقرر هیچ میهمانی را به رستوران دعوت نمی‌کند. طبعاً به‌رغم تخلف رستوران، متعهدله هم هیچ خساراتی را متحمل نمی‌گردد.

بنابراین در شرط مزبور برای اینکه متعهد له مستحق مطالبه خسارت شود باید خسارت پیش‌بینی شده در مقام واقع هم قطعی باشد. اما در عین حال نسبت به این حکم نباید سرسختی و پافشاری بیش از حد نشان داد. مسلم و قطعی بودن ضرر از دو حیث قابل تأمل و بررسی بیشتری است:

نکته اول آنکه اگر بروز ضرری مسلم باشد، قطعیت و تحقق بالفعل آن ضروری نیست. دیوان کشور فرانسه ضرر قابل جبران را ضرری می‌داند که احتمال ورود آن زیاد باشد. مثلاً شخصی را که بر اثر خطای او، سبب می‌شود داوطلبی نتواند در موقع لازم در امتحان دانشگاهی شرکت کند، مسئول جبران خسارت می‌داند، هر چند که موفقیت داوطلب مسلم هم نباشد.[1] در فقه امامیه گفته شده است، هر گاه عامل در مضاربه اقداماتی را انجام داده باشد که عرفاً احتمال بدست آوردن سود در آن باشد، چنانچه مالك قبل از اتمام اقدامات مزبور مضاربه را فسخ کند، عامل مستحق اجرت‌المثل می‌باشد. در حالی که اگر

---

۱. میشل لوراسا، پیشین، ص ۶۵.

احتمال مزبور منتفی باشد چنین حقی برای عامل فرض نمی‌شود.[۱] این حکم اگر چه در قانون مدنی ایران منعکس نشده است اما نظیر آن در خصوص جعاله چنین آمده است: «جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یك از طرفین می‌توانند رجوع کنند. ولی اگر جاعل در اثنای عمل رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.» (ماده ۵۶۵ ق. م.) بدین ترتیب در حقوق ایران برای جبران منافع هر چند محتمل، درصورتی که از سوی دیگری از بین رفته باشد، چاره‌ای اندیشه شده است.

در حقوق انگلیس گفته‌اند، هر گاه طی قراردادی A متعهد به انجام کاری شده باشد، اما در اثنای کار B (طرف قرارداد) او را از ادامه کار باز دارد، بی تردید B مسئول نقض قرارداد بوده و باید اجرت المثل[۲] معقول بابت خسارت وارده در اثر نقض قرارداد را بپردازد.[۳] (هر چند که ممکن است متعهد در آینده خود مرتکب نقض قرارداد می‌شد و از اجرای تعهد تخلف می‌کرد. اما این امر از احتمال کمتری برخوردار است). کما اینکه در دعوایی خواهان متعهد به نگارش کتابی شده بود تا به ازای دریافت ۱۰۰ پوند در مدت مشخصی انجام دهد. اما خوانده در اثنای کار از ادامه قرارداد منصرف می‌شود. در نتیجه دادگاه خوانده را محکوم به پرداخت ۵۰ پوند بابت نقض قرارداد یا اجرت المثل نمود.[۴]

نکته دوم اینکه، ضرر مسلم تنها به ضرری که در گذشته واقع شده باشد اطلاق نمی‌شود. بلکه ضرری که در آینده نتیجه مستقیم نقض عهد و به‌طور حتمی هم حاصل شود، ضرر مسلم تلقی می‌شود. بنابراین منافع مورد انتظاری[۵] که منطقاً متعهد له به دلیل نقض قرارداد از دست خواهد داد نیز باید از جمله خسارات مسلم تلقی شود که در آینده حاصل می‌گردد. نویسندگان حقوق کامن‌لا معتقدند اگر قراردادی صحیح اجرا شود متعهدله در وضعیت مالی خاصی قرار می‌گیرد که در صورت نقض عهد در آن وضعیت قرار نخواهد گرفت. لذا باید خساراتی هم مورد حکم قرار گیرند که متعهد له را در

---

۱. جواهر الکلام، پیشین، ج ۲۶، ص ۳۸۹.

2. Quantum meruit.

3. Treitel, Op. Cit, P. 736 - Anson, Op. Cit, P. 481.

4. Planche v.col burn. (1831).

5. Loss of expectation.

وضعیت نخست قرار می‌دهد. این خسارات از جمله منافع مورد انتظار را هم شامل می‌شود.[1]

بنابراین منظور از مسلم بودن خسارت، خسارتی است که چه در گذشته قطعی شده وفعلیت یافته یا در آینده قطعی است و یا نتیجه مسلم نقض عهد از سوی متعهد خواهد بود. در حقوق ایران نیز راجع به عدم النفع و اینکه حکم آن چیست در فصل اول به تفصیل بحث کرده‌ایم.

ب-خسارتی قابل مطالبه است که ناشی از قصور متعهد له در انجام وظیفه او نسبت به کاهش و تقلیل خسارت نباشد

پیش از این گفتیم که یکی از تکالیف متعهدله تلاش برای کاهش خسارت است. بنابراین هر گاه خسارت پیش‌بینی شده که مسلماً هم تحقق یافته باشد X ریال برآورد شود و طبق نظر عرف یا دادگاه، اگر متعهد له به وظیفه خود عمل می کرد A ریال از آن مبلغ کاسته می‌شد، لذا خسارت قابل پرداخت X- A ریال خواهد بود.[2]

ج-خسارت قابل مطالبه باید عرفاً در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش بینی بوده باشد[3]

خصوصاً با توجه به اینکه شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد برخلاف شرط جزایی یا وجه التزام اساساً ناظر به ورود خسارت است، منطقی نخواهد بود که طرفین، چنین شرط و توافقی را در ضمن عقد بکنند اما در عین حال هیچ احتمالی برای وقوع ضرر و خسارت در آینده وجود نداشته باشد. «متخلف از ایفای تعهد، باید ضامن خسارتی باشد که در زمان انعقاد قرارداد، آن را به‌عنوان نتیجه عدم ایفای تعهد خود پیش‌بینی یا عرفاً باید پیش‌بینی می کرده است.» این عبارت که ترجمه ماده ۴ـ۴ـ۷ از اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی است تقریباً عین عبارتی است که در ماده ۷۴ از کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ آمده است. نکته قابل توجه از مواد مذکور این است که چنانچه خسارت قابل مطالبه در اثر نقض تعهد با اتکاء به مسئولیت مدنی باید دارای این

---

1. Treitel, Op. Cit. P.846.

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به مباحث پیشین در همین گفتار تحت عنوان تلاش متعهدله برای کاهش خسارت.

3. Foresee ability of harm.

وصف مهم یعنی «قابل پیش‌بینی بودن» باشد، به طریق اولی در جایی که طرفین اساساً برمبنای خسارت حتمی ناشی از نقض عقد، اقدام به توافق در خصوص چگونگی و میزان جبران آن کرده‌اند، باید از وصف مزبور برخوردار باشد. مهم‌تر اینکه اگر هیچ خسارتی در آینده، به‌رغم تخلف متعهد و نقض قرارداد، محتمل و قابل پیش‌بینی نباشد، طبعاً ماهیت شرط تعیین قراردادی خسارت از جنبه تعیین خسارت خارج گشته و دارای ماهیت وجه‌التزام یا جنبه تنبیهی خواهد بود. پیش از این نیز حکم این قبیل شروط را در حقوق ایران و کامن‌لا بررسی کرده‌ایم. دعاوی چندی در حقوق انگلیس[1] مشاهده می‌شود که براساس آن قاعده «بعید بودن خسارت»[2] متولد شده است. در نتیجه دعاوی مزبور، قاعده بعید بودن خسارت نیز به دو قاعده فرعی‌تر تقسیم شده است. برای اینکه خسارتی بعید تلقی نشود تا از این رهگذر غیر قابل جبران محسوب نگردد باید دارای یکی از اوصاف ذیل باشد:

۱ـ ضررهایی که به طور طبیعی و به عبارتی به‌رغم روند عادی امور، در نتیجه نقض قرارداد حاصل شده باشند، باید این گونه فرض شوند که طرف نقض کننده به عنوان شخص عاقل از تحقق آنها آگاه بوده است. یا:

۲ـ ضررهایی قابل مطالبه‌اند که می‌توان چنین فرض کرد که متعاقدین در زمان انعقاد قرارداد به عنوان نتیجه محتمل نقض تعهد از آن آگاه بوده و مدنظر داشته‌اند.[3]

د ـ خسارت نباید قبلاً جبران شده باشد

اساس حکم به جبران خسارت در مسئولیت مدنی این است که شخص متضرر در وضعیتی قرار گیرد که در صورت اجرای صحیح قرارداد در آن وضعیت قرار می‌گرفت. از این رو باید کلیه غرامات و خسارات ناشی از نقض قرارداد و از دست رفتن منافع مورد انتظار به زیان دیده برگردانده شود. بدیهی است که این حکم درصورتی که طرفین پیشاپیش بر میزان و چگونگی جبران خسارت توافق هم کرده‌اند، شفاف‌تر و منطقی‌تر است. از سوی

---

۱. دعاوی مزبور به قرار ذیل می‌باشند که برای مطالعه بیشتر ر. ك. (Smith & Thomas, Op. Cit. P. 578.)
* Hedley V. Baxendale (1854).
* Victoria Laundry (Windsor) Ltd. V. Newman Industries Ltd (1949).
2. Remoteness of damage.
3. Robert Duxbury, Op.Cit. P. 96.

دیگر، آن روی این سکه هم باید مورد توجه قرار گیرد. یعنی قرارداد اگر چه نباید توسط متعهد نقض شود و در صورت نقض، خسارات حاصله نیز باید جبران شود، اما طرف دیگر هم حق ندارد قرارداد یا شرطی را وسیله سوء استفاده یا سودجویی ناعادلانه خود قرار دهد. در گذشته مؤکداً گفته‌ایم که در حقوق کامن لا، شرطی که به قصد سودجویی و به انگیزه مجازات در قرارداد گنجانده شود و چنین استنباط شود که شرط مزبور واجد جنبه جزایی بوده و انگیزه طرفین صرفاً جبران خسارت نیست، در این نظام حقوقی اعتباری ندارد. همچنین در حقوق آمریکا و انگلیس که مبتنی بر این نظام حقوقی است چون قاعده کلی عدم اجتماع وجه التزام و اجرای اصلی تعهد است و مطالبه توأم وجه التزام با اصل تعهد امکان‌پذیر نیست،[1] لذا بی تردید خساراتی که قبلاً جبران شده است، مجدداً قابل مطالبه نخواهد بود. زیان دیده حق ندارد دو یا چند وسیله جبران ضرر را باهم جمع کند.

در مباحث مربوط به مسئولیت مدنی گفته شده است که هر گاه چند نفر خسارتی را وارد کرده باشند و یا قانونگذار چند نفر را به طور تضامنی مسئول جبران خسارت بداند، مطالبه و اخذ خسارت از یکی، دیگران را بری می‌کند.[2] قانون مدنی ایران در ماده ۳۱۹ در بیان این مطلب چنین آورده است: «اگر مالك تمام یا قسمتی از مال مغصوب را از یکی از غاصبین بگیرد، حق رجوع به قدر مأخوذ به غاصبین دیگر ندارد».

حال با توجه به آنچه گفته شد، وقتی حکم مسئله در مسئولیت مدنی به صورت مذکور می‌باشد، طبعاً در شرط تعیین قراردادی خسارت نیز وقتی طرفین صرفاً برای جبران ضرر و با نگاه به ضرر واقعی حق مطالبه مبلغ معینی را برای متعهدله مورد توافق قرار می‌دهند، بدیهی است که اگر این هدف به هر صورتی تأمین شود کافی به مقصود خواهد بود. لذا چنانچه متعهد له خسارت وارده را به گونه‌ای ترمیم کرده باشد، چنین به‌نظر می‌رسد حق مطالبه مجدد خسارت برای همان موضوع را نخواهد داشت. به‌عنوان مثال شخصی در دو سوی ملك خود دو قطعه زمین را به طور جداگانه به دو شخص مختلف می‌فروشد.

---

1. C.J.S., Op. Cit. PP. 1088, 1105.

۲. ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، پیشین، ص ۱۶۷.

ضمناً با هر دو خریدار شرط می کند که هیچ یك حق احداث حمام یا کارگاه یا کارخانه‌ای را که فاضلاب آنها سبب آلودگی چاههای موجود در ملك فروشنده است ندارند. در صورت تخلف، هر یك از خریداران متعهد به پرداخت مبلغی معادل خسارت وارده بر چاههای مزبور خواهند بود. حال چنانچه یکی از خریداران اندکی پس از عقد قرارداد، تخلف کند، بی تردید باید طبق مفاد شرط، خسارت وارده را جبران کند. اما در صورتی که شخص الف تخلف نموده و چاههای موجود در ملك فروشنده را هم آلوده کرده و از قابلیت انتفاع مورد نظر ساقط کرده است، آیا در صورت تخلف توسط خریدار دوم (شخص ب) و نقض عهد از سوی او، فروشنده و مالك چاهها مجدداً می تواند به استناد شرط مندرج در قرارداد خود با خریدار دوم مجدداً بابت خسارت وارده بر چاهها از او مطالبه مبلغ تعیین شده بنماید؟

این مثال بی‌شباهت به مثالهایی که پیش از این در غالب منتفی شدن موضوع شرط یا از بین رفتن موضوعی که ورود خسارت در آن مدنظر طرفین است، گفته شد، نیست. به‌نظر می‌رسد در این موارد نیز با توجه به اینکه هدف اصلی طرفین توافق بر جبران خسارت طبق مفادشرط بوده است، نباید شرط را وسیله‌ای برای سوء استفاده و کسب ناعادلانه مال قرار داد. بله، چنانچه طبق توافق طرفین صرفاً برای جلوگیری از تخلف، مبلغی تعیین شده باشد و هر چند واجد جنبه تنبیهی و مجازاتی هم باشد، می توان چنین فرض کرد که همانند وجه التزامهای گزاف تلقی شده و در هر حال متخلف مسئول عهد شکنی خود بوده و باید تاوان این رفتار خود را بدهد نه اینکه جبران خسارت وارده را بنماید. در این صورت باید در خصوص حکم مسئله در دو نظام حقوقی ایران و کامن لا قائل به تفکیك شویم و همان گونه که قبلاً گفته‌ایم دیدگاه و نظر دو نظام حقوقی ایران و کامن لا از یکدیگر متمایزند و هر دو دارای حکم واحدی نیستند.[1]

بند سوم ـ فقدان موانع

سومین شرط استحقاق مطالبه خسارت به موجب شرط تعیین قراردادی خسارت

---

۱. برای دیدن نظرات دو نظام حقوقی به مباحث پیشین در خصوص وجه التزام و شرط جزایی مراجعه شود.

تخلف از اجرای تعهد، فقدان موانع و عوامل محدود کننده این حق است. بدیهی است در مقام اجرای شرط یکی از شرایط لازم شرط عدم المانع است. یعنی ممکن است حقی به موجب قرارداد یا شرطی ایجاد شود، اما در مرحله اجرا به دلیل وجود موانعی یا بکلی از بین برود یا حداقل به گونه‌ای محدود یا معلق گردد. بدین ترتیب لازم است در مبحث مربوط به اجرای شرط، نگاهی هم به عوامل محدود کننده یا موانع بازدارنده از اجرای شرط و اقدام طبق مقتضای آن، داشته باشیم. نکته‌ای که قبل از پرداختن به عوامل و موانع مورد نظر قابل ذکر است، اینکه، اصولاً این قبیل موانع و محدودیتها یا مستقیماً توسط قانون تعیین می‌شوند و یا با اختیاری که قانون برای دادرس پیش‌بینی می کند اعمال می گردند. بنابراین نقش قانون و همچنین نقش دادرس در مقام اجرا از این منظر بسیار حایز اهمیت است. اینك به عوامل محدود کننده یا موانع اجرای شرط به تفصیل ذیل می‌پردازیم:

الف-مانع خارجی برای اجرا

پیش از این گفته‌ایم که یکی از شرایط صحت هر تعهدی داشتن قابلیت و امکان اجرا است. طرفینی که از ابتدا می‌دانند تعهدی قابل اجرا نیست از همان ابتدا هم مجاز به انعقاد آن نیستند و قانون هم آن را باطل می‌داند. اما بسیار اتفاق می‌افتد که پس از عقد قرارداد و ایجاد تعهد، حادثه یا شرایط جدیدی به وجود می آید که از دید و محاسبه طرفین پنهان بوده است. در تعهدی که همراه با شرط ضمن عقد تعیین کننده خسارت باشد این قبیل حوادث ناگهانی به دو جهت مورد توجه‌اند: گاه ممکن است حادثه‌ای بازدارنده و ناگهانی به گونه‌ای اتفاق بیفتد که متعهد را از انجام تعهد اصلی باز دارد و اجرای قرارداد را ناممکن سازد. گاه نیز این قبیل حوادث ممکن است به گونه‌ای باشند که اجرای شرط را غیر ممکن سازند.

صرف اینکه عدم اجرای تعهد قابل انتساب به متعهد باشد و از سوی دیگر هم بین ورود خسارت پیش‌بینی شده و انجام نشدن تعهد رابطه سببیت وجود داشته باشد ضمان آور است و موجب تحقق مسئولیت متعهد طبق شرط تعیین شده خواهد بود. اما درعین‌حال این حکم در همه جا و برای همه موارد قابل اجرا نیست.

اگر معیار ما، انسان متعارف و معمول انسانها در روابط اجتماعی وحقوقی فرض

شود، حقوق نمی‌تواند و نباید هم بیش از حد متعارف در مقوله اجرای تعهدات از انسانها انتظار داشته باشد. عدم امکان اجرای تعهد و یا غیر ممکن شدن آن برای هر کس یا در هر موردی باید سبب معاف شدن متعهد گردد.

این عدم امکان اجرای تعهد خواه در خصوص اصل تعهد و قرارداد اصلی مطرح شود، خواه به‌رغم امکان اجرای آن و تخلف متعهد، عدم امکان در خصوص شرط و انجام مفاد آن مطرح گردد. در هر صورت عدم امکان هر تعهدی اگر پس از به وجود آمدن تعهد عارض آن شود، اساس التزام را برهم می‌زند. یا بکلی آن را نابود و منحل می‌سازد و یا حداقل آن را موقوف می‌گرداند. تقریباً در تمامی حقوقهای نوشته یا غیر نوشته جهان امروز، این امر پذیرفته شده است که هر گاه حادثه‌ای غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب و نیز خارج از اراده و حیطه مسئولیت متعهد باشد سبب معافیت متعهد از اجرای تعهد می‌گردد.[۱]

در حقوق فرانسه از دهها سال قبل اصطلاحی معروف به فورس ماژور[۲] متداول گردیده که ظاهراً با همین لفظ یا معادل آن در کشورهای دیگر هم رخنه کرده است.[۳] به‌موجب قواعد مربوط به این نهاد حقوقی شناخته شده، هر گاه فورس ماژور سبب عدم امکان اجرای تعهدی گردد، یا موجب سقوط تعهد و انحلال قرارداد می‌شود و یا برای مدتی (تا از بین رفتن حالت فورس ماژور) اجرای آن را معلق می‌گرداند.[۴]

در حقوق کامن‌لا، فورس ماژور به انتفای قرارداد[5] (عقیم شدن قرارداد) یا عدم امکان[۶] قرارداد شهرت دارد. اگر چه این نهادهای حقوقی در فرانسه با کامن‌لا از یکدیگر

---

1. P .D .V .Marsh, comparative contract Law, England, France, Germany, Gower Pub 1993. P.335.

2. Force majeure.

۳. در فرهنگ حقوقی The Oxford Companion to Law و نیز فرهنگ حقوقی Black هر دو، این واژه را به همان صورت تشریح کرده و عیناً همان واژه Force majeure را آورده‌اند.

4. John Bell, Principles of French Law, Sophie Boryron and Simon whittaker Oxford university, press, 1998, PP. 342 - 4.

5. Frustration.

6. Impossibility.

متفاوتند و انتفای قرارداد قلمرو وسیع تری از فورس ماژور دارد، اما کم و بیش دارای نتایج مشابهی هستند.[۱]

در فقه[۲] و حقوق ایران نیز اگر چه هیچ یك از اصطلاحات فوق الذكر عیناً به كار نرفته‌اند اما قواعد چندی مشاهده می‌شود كه تا حدود زیادی با آنچه در نظامهای پیش گفته آوردیم شباهت دارد. صریح ترین موادی كه اوصاف عوامل معاف كننده متعهد را بیان كرده‌اند مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق. م است. در ماده ۲۲۷ آمده است: «متخلف از انجام تعهد وقتی محكوم به تأدیه خسارت می‌شود كه نتواند ثابت نماید كه عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است كه نمی‌توان مربوط به او نمود».

همچنین در ماده۲۲۹ آمده است: «اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای كه دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود بر آید محكوم به تأدیه خسارت نخواهد بود». از مجموع آنچه گفته شد چنین استنباط می‌شود كه همانند قوه قاهره در حقوق فرانسه، هر پدیده یا امر معاف كننده متعهد باید دارای سه وصف خارجی بودن، غیر قابل اجتناب و غیره منتظره (غیر قابل پیش‌بینی) بودن را دارا باشد.[۳]

بنابر این هر مانع خارجی كه دارای دو وصف دیگر باشد می‌تواند متعهد را از اجرای تعهد اصلی معاف سازد. طبعاً اجرای شرط نیز از منظر یك تعهد (هر چند تبعی و فرعی) مشمول حكم مزبور خواهد بود و چنانچه مانعی با اوصاف مذكور وجود داشته باشد، مشروط علیه را نسبت به اجرای آن نیز معاف خواهد كرد.

ب ـ عدم مخالفت با قانون یا نظم عمومی

پیش از این در خصوص شرایط صحت قراردادها از جمله شروط ضمن عقد

---

۱. قانون اصلاح قراردادهای منتفی شده مصوب ۱۹۴۳ به تفصیل در خصوص نهاد حقوقی Frustration قاعده وضع كرده و این نهاد در حقوق كامن‌لا از سالیان متمادی در دعاوی مطرح شده مورد استناد و توجه قرار گرفته است. برای مطالعه بیشتر ر. ك.

* Michael Bridge, The sale of goods, First ed ., Oxford university press, 1997, PP. 131 - 41.

۲. در فقه امامیه تعبیر به آفات و حوادث آسمانی بیشتر مورد استعمال واقع شده است. به طور مثال در بحث تلف مبیع می‌توان به جواهر الكلام، ج ۲۳، پیشین، ص ۱۵۷ مراجعه كرد.

۳. ناصر كاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، پیشین، صص ۲۲۰ـ۲۰۲.

در حقوق ایران و کامن لا به تفصیل بحث کرده‌ایم. اجمالاً دوباره متذکر می‌شویم که در حقوق ایران، کلیه توافقات به عمل آمده اعم از تعهدات اصلی یا شروط ضمن عقد چنانچه در مقام اجرا مغایر با اخلاق حسنه یانظم عمومی باشند قابل اجرا نیستند. صریح ترین ماده‌ای که حکم مزبور را ابراز می‌دارد ماده ۹۷۵ ق. م. است که چنین آورده است: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد، اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

در حقوق کامن لا از جمله آمریکا و انگلیس نیز قراردادهای مغایر با قانون یا مخالف نظم عمومی باطل و غیر معتبر شناخته شده‌اند. ضابطه‌ای که در خصوص قراردادهای غیر قانونی قابل توجه است اینکه غیر قانونی بودن قرارداد در جریان اجرای قرارداد نباید اساس قرارداد را تشکیل بدهد و نقش اساسی در جریان اجرای قرارداد داشته باشد والّا قرارداد باطل و غیر قابل اجرا است. به موجب این نظام حقوقی اگر قراردادی از لحاظ انعقاد قانونی باشد اما طرفین آن را به شیوه‌ای غیرقانونی اجرا کنند یا اجرای آن مستلزم نقض قانون بشود از نظر دادگاه به اعتبار اجرا غیر قانونی تلقی می‌شود. کمااینکه در دعوای Ashmore, Benson, Pease Co Ltd.V.A.V. Dawson Ltd (C.A1973) خواهانها با مؤسسه حمل و نقل خوانده قرارداد حمل بار ۲۵ تنی را امضاء کرده بودند. اما خواندگان برای اجرای قرارداد از کامیونهایی استفاده می‌کنند که طبق قانون[1] مجاز به حمل بیش از ۲۰ تن کالا نبوده‌اند.[2] درهر حال ممکن است قراردادی ذاتاً قانونی باشد اما در مقام اجرا یکی از طرفین بخواهد به هدف غیر قانونی نایل گردد که در چنین صورتی ممکن است غیر قابل اجرا تلقی شود. همچنین قراردادهایی که موجب اشاعه بی‌عفتی جنسی[3]، بهم خوردن امنیت عمومی[4]، فریب مأموران مالیاتی[5] و نظایر اینها می‌شود از نظر کامن لا قابل اجرا نیستند.

---

1. The Road Traffic Act 1960.
2. Smith & Thomas, Op. Cit.P.677.
3. Contracts Promoting Sexual immorality.
4. Contracts Prejudicial to Public safety.
5. Contracts to defraud the revenue.

ج-غیر عادلانه بودن شرط در مقام اجرا

یکی دیگر از عواملی که می تواندمانع اجرای شرط گردد و در استحقاق زیان دیده نسبت به آنچه طرفین بر آن توافق کرده‌اند، خدشه وارد آورد، غیر عادلانه بودن مقدار تعیین شده نسبت به خسارت واقعی وارده است. این امر اگر چه در تمام نظامهای حقوقی جهان به‌طور یکسان مورد قبول نیست اما در عین حال به دلیل اختلافات موجود قابل مطالعه است. برای شفاف‌تر شدن مسئله لازم است مفاد شرط تعیین قراردادی خسارت را یك بار دیگر تحلیل کنیم.

طرفین ممکن است این طور توافق کنند که در صورت تخلف متعهد از اجرای تعهد یا اقدام به فعلی که ترك آن مورد توافق است، چون تخلف متعهد مستلزم ورود خسارت است پس باید فلان مقدار بابت خسارت بپردازد. یعنی نگاه و قصد مشترك طرفین صرف ورود خسارت به تبع نقض عهد است و از تقویم و برآورد میزان آن در حین انعقاد قرارداد یا عاجزند و یا تعمداً صرف نظر می کنند.

صورت دوم چنین فرض می‌شود که طرفین از پیش می دانند که چون تخلف متعهد مستلزم خسارتی خاص می‌شود که ضمناً میزان آن هم معلوم است، لذا مبلغی را که متناسب با آن مقدار می‌باشد در شرط ضمن عقد پیش‌بینی می کنند. در این صورت صرف ورود خسارت مدنظر طرفین نیست، بلکه میزان آن هم مورد قصد طرفین بوده و اراده مشترکشان صرفاً جبران همین میزان خسارت است. قبل از بررسی احکام هر یك از صور مذکور توجه به یك مقدمه ضروری است. بخوبی روشن است که هدف اصلی همه کسانی که اقدام به عقد قرارداد می کنند اجرای درست و کامل قرارداد است. از سوی دیگر قوانین و مقررات هم علاوه بر اجرای کامل قرارداد، عادلانه بودن و عادلانه شدن نتیجه قرارداد را نیز تعقیب می کنند. هیچ قانونی وضع نمی‌شود که روابط ظالمانه و غیر عادلانه را به رسمیت بشناسد. اما نکته‌ای که در اینجا حایز اهمیت بوده‌و منشأ اختلاف و دیدگاههای متفاوت در قوانین و مقررات نظامهای حقوقی جهان شده است، پاسخ به این دو پرسش اساسی است. نخست آنکه عدالت و عادلانه بودن نتیجه قرارداد یعنی چه؟ دوم آنکه تأمین این عدالت و تضمین آن به چه نوع ضابطه و قاعده‌ای منوط و وابسته است؟

آیا تأمین خواسته طرفین (صرف نظر از آنچه جامعه می‌پندارد) کافی است یا برعکس، داوری و قضاوت جامعه و آثار و نتایج توافقهای خصوصی در جامعه و برهم خوردن روابط صحیح و عادلانه اجتماعی نیز باید مدنظر قرار بگیرد؟ آیا جامعه و قانونگذار می‌تواند به بهانه اینکه طرفین قرارداد بیش از هر کس به سود و زیان خود توجه داشته و با توجه به صلاحیتی که برای انعقاد قرارداد برای آنها فرض می‌شود، خود را از دخالت در روابط فیمابین افراد منع کند؟ آیا جامعه می‌تواند نسبت به نتایج غیرعادلانه و بعضاً نابود کننده حیثیت، جان و اموال افراد ضعیف‌تر توسط زرداران زورمند بی‌تفاوت باشد و از کنار این قبیل روابط بسادگی عبور کند؟

پیش از این در خصوص شرایط صحت معاملات و شروط ضمن عقد در نظامهای حقوقی معتبر جهان معاصر به تفصیل بحث کرده‌ایم. بی‌تردید با نگاه دقیق به فلسفه و مبانی آنها چنین به نظر می‌رسد که بسیاری از آنها برای جلوگیری از سوء استفاده اشخاص و ممانعت از روابط غیر عادلانه در جامعه است. جلوگیری از انعقاد قراردادهای مستلزم رباخواری و اخذ بهره‌های غیرمنصفانه و گزاف عمدتاً به منظور تأمین همین فلسفه و اهداف است. بنابراین باید پذیرفت که اگر قراردادی هر چند صحیح و عادلانه هم منعقد شده باشد نباید در مقام اجرا از این جاده و مسیر ارزشمند و انسانی خارج گردد و از اهداف حقیقتاً سودمند و مفید به حال جامعه و نوع بشری عدول نماید. در مقام اجرا نیز رعایت عدالت و تضمین آن ضروری است. اما همان طوری که گفته شد اختلاف اصلی در تفسیر و تبیین اینکه عدالت چیست و راه دستیابی بدان چگونه است، مشاهده می‌شود. فردگرایان اجرای بی‌کم و کاست قرارداد و قبول قصد توافق شده طرفین را به هر صورت که ممکن باشد وسیله اجرای عدالت دانسته و به تعبیر دیگر از نظر آنها عدالت همان چیزی است که با اجرای کامل قرارداد حاصل می‌شود. اینان تراضی را مبنای تمامی التزامها دانسته و معتقدند قراردادهای خصوصی همان قانون حاکم بر طرفین است. بنابراین وقتی قانون همان چیزی شد که طرفین بدان تراضی کرده و فیمابین خود مقرر داشته‌اند، در نتیجه اضافه بر آن نقشی برای جامعه و قانونگذار فرض نمی‌شود. در مقابل این دیدگاه برخی معتقدند اگر چه وفای به عهد امری لازم و ضروری است و اصل لزوم وفای به عهد حکم

می کند که طرفین به مفاد آنچه متعهد شده‌اند پایبند بمانند، اما آیا این اصل با هر نتیجه‌ای که در برداشته باشد محترم است؟ آیا در صورتی که وفای به عهد به ظلمی آشکار هم بینجامد باز هم باید بر آن اصرار ورزید؟ آیا در جایی که نتیجه اجرای قرارداد مستلزم زیر پا گذاشته شدن عدالت و تحقق ظلمی شود که جلوگیری از آن هم آسیبی به اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده طرفین در کلیت جامعه وارد نیاورد باز هم محترم و پذیرفتنی است؟[۱]

این قبیل سؤالات و واقع بینی‌ها سبب شده است که اندکی از سنت گرایی دسته پیشین فاصله گرفته شود و قواعدی در عرصه حقوق ظاهر شوند که روح کلی آنها حکایت از حفظ و تأمین عدالت در روابط تجاری و اقتصادی آدمیان داشته باشد.

فرانسویان در راستای نظریه گروه نخست سابقه‌ای دیرینه و شناخته شده‌تری دارند. در مقررات مدنی فرانسه قبل از اصلاحات سال ۱۹۷۵ کمتر محکمه‌ای به خود اجازه می‌داد که به بهانه رعایت عدالت از اجرای مفاد قرارداد یا شرط ضمن آن جلوگیری کند و یا در مقام اجرا قائل به لزوم تعدیل آن گردد. تنها در جایی که بخشی از تعهد اجرا شده بود دادرس حق داشت به استناد ماده ۱۲۳۱ ق. م. فرانسه مقداری از وجه التزام (خسارت پیش‌بینی شده) را تقلیل دهد و آن را متعادل گرداند. اما سرانجام این نظام حقوقی نتوانست در برابر ضربات ناشی از سؤالات گروه دوم مقاومت و از چنگ عدالت‌خواهی حامیان این نظریه رهایی یابد. لذا مجبور شد در اصلاحات و تجدید نظری که در ژوئیه ۱۹۷۵ به عمل آورد تبصره‌ای بر ماده ۱۱۵۲ ق. م. بیفزاید که در آن تعدیل وجه التزامهای گزاف یا ناچیز و صوری از وظایف دادرس محسوب شود.[۲]

در حقوق ایران از ظاهر پاره‌ای مقررات چنین فهمیده می‌شود که ما از مقررات پیشین فرانسویان نیز پا را فراتر گذاشته‌ایم و تعدیل وجه التزام و یا هر نوع خسارت پیش‌بینی شده را به هیچ وجه مجاز ندانسته‌ایم. در ماده ۲۳۰ ق. م. ایران آورده‌اند: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تأدیه نماید،

---

۱. ناصر کاتوزیان، قواعدعمومی قراردادها، ج ۴، پیشین، ص ۵.

2. John Bell, Op. Cit. P. 351.

حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.»

لیکن چنین به نظر می‌رسد قوانین ایران و روح کلی حاکم بر آن تاب تفسیری غیر از آنچه را گفته شد، داشته باشد. حداقل در پاره‌ای از شروط و قراردادهای تعیین کننده خسارت (وجه التزام) این امر پذیرفتنی است. اما قبل از اینکه نظرمان را در حقوق ایران ارائه کنیم، ابتدا نگاهی داشته باشیم به حقوق کامن‌لا. خصوصاً حقوق انگلیس و آمریکا. در این نظام حقوقی قبل از تعدیل قرارداد قاعده‌ای شناخته شده و مقبول وجود دارد موسوم به «تصحیح»[1]. به موجب این قاعده هر گاه طرفین قرارداد مکتوبی که شرایط مورد قرارداد را در سندی تنظیم کرده‌اند، در خصوص پاره‌ای از شرایط آن اختلاف داشته باشند و یك طرف ادعا کند که قصد مشترك آنها در سند به طور صحیح منعکس نشده و مغایر با قصد مشترکشان است، دادگاه حق خواهد داشت که اشتباه آنان را تصحیح نموده و از اجرای ناصحیح قرارداد جلوگیری کند. در تشریح شرایط و چگونگی اعمال این قاعده گفته اند که مدرك کتبی و سند تنظیمی فیمابین طرفین اگر در بیان قصد مشترك آنها قصور کرده باشد و یکی از طرفین سند مزبور را در ارائه قصد آنها کافی بداند اما طرف دیگر به‌رغم اطلاع از قصور سند و وجود اشتباه به طور مُحیلانه اقدام به عقد قرارداد کرده باشد دادگاه می‌تواند دستور اصلاح سند بر اساس قصد مشترکشان صادر نماید.[2] کما اینکه در دعوای Roberts and co Ltd V.Leicesttershire C.C.(1961) دادگاه چنین دستوری صادر کرده است.[3]

نتیجه‌ای که از این قاعده می‌خواهیم بگیریم این است که اساساً در بحث اجرای شرط خسارت، نکته مهم و گام نخستین در تعدیل و اجرای عدالت قبل از هر چیز تشخیص

---

1. Rectification.
2. Treitel, Op. Cit, P. 298 - Anson, Op. Cit. P. 326.
3. Smith & Thomas, Op. Cit, P.128.

همچنین در دعوای دیگری [Craddock Bros. V. Hunt . (1923)] «الف» به طور شفاهی موافقت می کند که خانه‌ای را که از حیاط مجاور آن مجزا شده بود به «ب» بفروشد، در هنگام تنظیم سند رسمی مکتوب در اثر اشتباهی که رخ می‌دهد کل خانه و حیاط منتقل می‌شود. هر دو نیز معتقد به اشتباه بودند. رأی داده شد که سند انتقال می تواند مطابق با قصد طرفین اصلاح گردد.

(David Barker & Colin Padfield, Op. Cit. P. 152).

قصد مشترك طرفین است. چرا که اگر قصد مشترك طرفین در تعیین مبلغی به عنوان خسارت از همان ابتدا با انگیزه تهدید و تحذیر متعهد همراه بوده باشد در حقوق پاره‌ای از کشورها خصوصاً انگلیس و آمریکا غیر معتبر و باطل است. طبعاً جایی برای تعدیل از سوی دادرس نیز باقی نخواهد گذاشت. پس ابتدا باید قصد مشترك طرفین احراز شود هر چند این امر مستلزم تصحیح و اصلاح متن کتبی قرارداد باشد. در حقوق ایران به نظر می‌رسد قواعدی مثل العقود تابعة للقصود و همچنین لزوم حمل الفاظ بر معانی عرفیه که در ماده ۲۲۴ قانون مدنی ایران آمده است، مؤید همان قاعده تصحیح باشد.

در هر حال آنچه مهم است اینکه باید دید، آیا طرفین که مبلغی را برای جبران خسارت پیش‌بینی کرده‌اند با قصد تهدید و تحذیر بوده است یا خیر؟ آیا هدف آنان وجه التزام با خصوصیت کیفری و جزایی است یا خیر؟

چرا که احراز این قصد سبب می‌شود که حکم کنیم مبلغ تعیین شده در حقوق ایران هر چند دارای جنبه کیفری باشد لازم الاجراست، در حالی که در حقوق کامن‌لا پذیرفته نیست. همچنین سایر اختلافات که به مطالعه بیشتر نیاز دارد.

بنابراین چنانچه قصد طرفین تعیین مبلغی برای جبران خسارت محتملی است که عقلاً آن را به تبع نقض عهد پیش‌بینی می کنند، در چنین صورتی اگر چه در اعتبار و نفوذ چنین شرطی در هر دو نظام تردیدی نیست، اما فرضهایی قابل تصور است که بررسی جداگانه آنها ضروری است: ۱ـ فرض کنید طرفین مبلغی را تعیین می کنند اما قصدشان صرفاً جبران خسارتی است که به طور تقریبی حدس زده می‌شود. ۲ـ فرض شود که طرفین با محاسبه دقیق خسارت احتمالی در اثر نقض قرارداد، مبلغی را که جبران کننده خسارت واقعی باشد پیش‌بینی کنند. یعنی هدف اصلی پیش‌بینی خسارت واقعی و جبران خسارت واقعی باشد. ۳ـ فرض سوم اینکه، در خصوص هر دو فرض فوق خسارت واقعی وارده بسیار کمتر یا بیشتر از مبلغ تعیین شده باشد. ۴ـ فرض کنیم که اگر چه مبلغ تعیین شده برابر با خسارت واقعی وارده باشد، اما کاهش یا ارزش پول تعیین شده به گونه‌ای باشد که در صورت پرداخت همان مقدار، قصد طرفین در زمان انعقاد عقد را تأمین نمی کند. ۵ـ فرض دیگری که قابل تصور است اینکه، طرفین برای نقض کلی قرارداد مبلغی را تعیین

می کنند اما متعهد پس از اجرای بخشی از قرارداد مرتکب نقض بقیه قرارداد می‌شود و یا در خصوص تعهد به ترك فعل، اقدام متعهد موجب نقض جزیی می‌شود، در این صورت آیا برقراری تناسب بین مبلغ تعیین شده و نقض عهد به عمل آمده لازم است یا خیر؟

برای تحلیل و پاسخگویی به فرضها و پرسشهای فوق می توان گفت دادرس ممکن است به دو صورت وارد مسئله شود. صورت اول، بدون توجه به قصد و اراده مشترکشان و صرفاً طبق آنچه از ظاهر توافقشان بر می آید اقدام به رسیدگی کند. صورت دوم اینکه، دادرس تلاش نماید قصد واقعی طرفین را احراز نماید. با توجه به آنچه پیشتر در خصوص احراز قصد مشترك گفته شد، بی‌شك عدالت و انصاف اقتضاء دارد حتی المقدور قصد مشترك طرفین جستجو و مبنای حکم قرار گیرد. در این صورت هر يك از فرضهای گفته شده در مقام اجرا، حکم جداگانه‌ای خواهند داشت. در حقوق ایران چنانچه طرفین مبلغی را تعیین کرده باشند که به صرف تخلف از سوی متعهد، ملزم به پرداخت گردد، مبلغ مزبور باید پرداخت شود هر چند که قصد طرفین تنبیه و مجازات متعهد متخلف باشد. اصل آزادی اراده طرفین اقتضاء دارد که در هر صورت مبلغ پیش‌بینی شده در قرارداد باید از سوی نقض کننده به متعهد له داده شود، هر چند مبلغ تعیین شده بسیار فراتر از میزان خسارتی باشد که در عمل وارد آمده است. حتی در صورتی که هیچ خسارتی هم حاصل نشده باشد چنین شرطی لازم الوفاء است. در حالی که در حقوق کامن‌لا اساساً شرطی که متضمن جنبه تنبیهی باشد غیر قابل اعمال و غیرمعتبر است. البته در چنین صورتی متضرر می‌تواند از دادگاه تقاضای جبران خسارت واقعی خود را بنماید.[1]

در فرضی که طرفین به قصد جبران خسارت (البته ورود خسارت را در صورت نقض عهد قطعی می‌دانند لیکن از برآورد میزان قطعی آن عاجز هستند) مبلغی را پیش‌بینی کرده باشند و دادگاه نیز چنین استنباط کند که طرفین تلاش صادقانه‌ای را برای تعیین پیشاپیش خسارت به عمل آورده‌اند و سرانجام برای جبران خسارت قابل پیش‌بینی مبلغی

---

1. Treitel, Op. Cit. P. 769 - Cheshire and Fiffots Op. Cit, P. 602 - Law son (F.H). Op. Cit. P. 68- Murray on contract, Op. Cit. PP. 709 - 721.

را تعیین کرده‌اند، دادگاه باید همان مبلغ تعیین شده را مبنای حکم قرار دهد و حق کم یا زیادتر کردن آن را به بهانه کم یا زیادتر بودن خسارت واقعی ندارد. در حقوق ایران به نظر می‌رسد حکم ماده ۲۳۰ ق. م. در این خصوص قاطع و تمام کننده است و طبعاً قاضی و محکمه رسیدگی کننده حق کم و زیاد کردن مبلغ تعیین شده را نداشته باشد. در حقوق کامن‌لا نیز وضع تقریباً مشابه است و همان گونه که سابقاً هم گفته‌ایم اعتبار شرط بستگی به تفسیر قرارداد بر اساس نیت و قصد طرفین داشته و تلاش دادرس در این خصوص بسیار حایز اهمیت است. قاضی باید کنکاشی جدی و اساسی به عمل آورد. تحلیل الفاظ به کار رفته در قرارداد می‌تواند راهنمایی برای تنویر ذهن قاضی در جهت احراز قصد مشترك طرفین محسوب شود. هرگاه مبلغ پیش‌بینی شده به قدری گزاف و مبالغه‌آمیز باشد[1] که حتی در قیاس با بیشترین ضرر احتمالی فراتر رود، قاضی باید آن را مجازات تلقی کند. همچنین قرائن دیگری که می‌توانند در جهت راهنمایی قاضی مؤثر باشند باید مورد مطالعه قرار گیرند.[2]

در فرضی که طرفین مبلغ تعیین شده را صرفاً به منظور جبران خسارت واقعی و یا خسارتی که پیشاپیش معلوم است در نظر گرفته باشند، حکم مسئله و وضعیت همانند فرضهای پیشین نیست. این فرض همچنین تا حدودی شبیه فرض چهارمی است که در سطور قبل بیان گردید. یعنی طرفین اولاً با نگاه به اصل ورود خسارت، ثانیاً به انگیزه جبران خسارت واقعی مبلغی را در نظر می‌گیرند، لیکن پس از عقد قرارداد و در اثر تغییر اوضاع و احوال ارزش مبلغ تعیین شده (پول تعیین شده) به گونه‌ای دچار تغییر می‌شود که در صورت لزوم پرداخت (نقض قرارداد) به هیچ وجه قصد طرفین در زمان عقد را برآورده نمی‌کند. مثلاً طرفین توافق کرده باشند که خریدار زمین حق احداث حمام یا کارخانه در آن را ندارد، چرا که تخلف خریدار مستلزم تخریب و یا آلودگی چاههای زمین مجاور و متعلق به فروشنده خواهد بود. در نتیجه فروشنده متحمل خسارتی برابر با یك میلیون ریال (حسب

1. Extravagant.
2. Halsbury's Law of English, Op. Cit. P. 420 - C.J.S. Op. Cit P.1038 - Treitel, Op. Cit. P.769 - Ogus, Op. Cit. PP. 43 - 45.

پیش‌بینی طرفین در زمان عقد) خواهد شد که بابت خسارت پیش‌بینی شده خریدار باید، درصورت نقض عهد، یك میلیون ریال بپردازد. حال چنانچه پس از عقد قرارداد و گذشت زمانی معتنابه، از سویی متعهد از تعهد ضمن عقد تخلف کند و از سوی دیگر نیز کاهش ارزش پول به گونه‌ای اتفاق بیفتد که ارزش چاههای تخریب شده (به دلیل نقض عهد) چندین برابر ارزش مبلغ تعیین شده باشد. آیا الزام طرفین به آنچه توافق کرده‌اند کافی است؟ آیا پرداخت یك میلیون ریال با توجه به اینکه قصد طرفین جبران خسارت واقعی بوده است می‌تواند کافی به مقصود باشد؟ از این امر پا را فراتر بگذاریم و مسئله را از زاویه بالاتری نگاه کنیم. اگر طرفین به قصد جبران خسارت واقعی مبلغی را پیش‌بینی کرده باشند، حال چنانچه برخلاف تصور آنها خسارت واقعی عملاً پس از نقض عهد به مراتب بیشتر یا کمتر از مبلغی باشد که طرفین تعیین کرده‌اند، آیا دادرس می‌تواند به بهانه وجود شرط خسارت و تراضی طرفین بر مبلغ خاص، از تغییر و تعدیل مبلغ مزبور صرف نظر کند؟ و به‌رغم اختلاف فاحش بین قصد طرفین و آنچه بین آنهامقرر گشته است از تعدیل و اجرای قرارداد بر مبنای قصد واقعی آنها امتناع ورزد؟ از آنجا که پاسخ به این سؤال از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است، لذا با تفصیل بیشتر و بویژه با نگاه وسیع‌تر به نظامهای حقوقی جهان موضوع را پی می‌گیریم.

اگر بپذیریم که دادرس در مقام اجرای شرط باید خواسته مشترك طرفین را کاملاً مدنظر داشته باشد و بسادگی از کنار آن نگذرد و اگر بپذیریم که تئوری تصحیح قرارداد که پیش از این مورد بحث قرار گرفت به منظور نیل و دستیابی به قصد مشترك طرفین، به‌رسمیت شناخته شده و اعمال می‌شود و به علاوه روح کلی این قاعده (تئوری) تأمین راه حل منصفانه[1] در اجرای شرط است،[2] همچنین اگر بپذیریم که قواعدی مثل لاضرر و تسبیب در حقوق اسلام عمدتاً با نگرش تعدیل روابط اجتماعی و جلوگیری از ظلم و ناروایی و ایراد خسارت نامشروع به دیگری وضع شده‌اند، نمی‌توان نسبت به نظارت و دخالت قوه قضائیه و دادرس در

---

1. Equitable.

2. Treitel, Op. Cit. P. 298 - Anson, Op. Cit. P. 326 - Robert Duxbury, op. cit. P. 59.

مبارزه با تحمیل شروط گزاف و غیر عادلانه ساکت و بی تفاوت ماند. اگر بپذیریم که در اجرای شرط خسارت، فدا کردن و دست شستن از اصل حاکمیت اراده و قربانی کردن حکمت شرط و توافق طرفین در پای عدالت امری است پسندیده و منطبق با روح قانونگذاری حکیمانه، می توان نتیجه گرفت که ایستادگی در برابر التزام ناشی از شرط و تغییر آن در جهت تحقق عدالت امری است مستحسن و بلکه لازم و ضروری.

بر همین اساس است که حقوقدانان فرانسوی پس از مشاهده سوء استفاده‌های زیاد از قوانین قبلی کشورشان سرانجام در نهم ژوئیه ۱۹۷۵ باالهام از قوانین کشورهایی مثل سوئیس[۱]، ایتالیا[۲]، آلمان[۳] و غیره، اقدام به اصلاح قوانین پیشین کردند. به موجب قوانین جدید به دادرس اجازه داده می‌شود که هر گاه وجه التزام آشکارا اغراق آمیز و یا ناچیز باشد مبلغ آن را تعدیل کند.[۴] با افزودن تبصره‌ای به ماده ۱۱۵۲ به قانون مدنی فرانسه در سال ۱۹۷۵ وجه التزامهای گزاف، صوری و یا ناچیز را قابل تعدیل می‌دانند. با ملاحظه قوانین کشورهای یاد شده بوضوح معلوم می‌شود که تعدیل وجه التزام امری مسلم و جا افتاده است. حتی در قانون مدنی کشورهای سوسیالیستی که درج شرط وجه التزام برای تضمین اجرای قرارداد الزامی است امکان کاهش وجه التزام در صورت گزاف بودن و یا در صورتی که بخشی از قرارداد اجرا شده باشد صریحاً پذیرفته شده است (ماده ۱۹۰ ق. م. جمهوری فدراتیو روسیه).

---

۱. ماده ۱۶۱ قانون تعهدات سوئیس: وجه التزام قابل پرداخت خواهد بود، اگرچه متعهدله هیچ گونه خساراتی متحمل نشده باشد. و ماده ۱۶۳ـ۳ قانون مزبور: قاضی می تواند، اگر وجه التزام را مبالغه آمیز تشخیص دهد میزان آن را تقلیل دهد.

۲. در ایتالیا نیز طبق ماده ۱۳۸۴ ق. م. در صورت گزاف بودن وجه التزام یا اجرای بخشی از تعهد به کاهش وجه التزام حکم داده می‌شود.

۳. از همان ابتدای تدوین قانونی مدنی آلمان (B.G.B) موضوع تعدیل وجه التزام مورد شناسایی قانونگذار آلمانی قرار گرفت. به موجب ماده ۳۴۰ ق. م. آلمان مطالبه خسارت زائد بر وجه التزام ممکن است و طبق ماده ۳۴۳ همان قانون هر گاه وجه التزام نامتناسب و غیر مقعول باشد دادگاه می تواند آن را تا حد معقولی کاهش دهد.

4. John Bell, Op. Cit. P. 351.

با افزودن تبصره‌ای به ماده ۱۱۵۲ به قانون مدنی فرانسه در سال ۱۹۷۵ وجه التزامهای گزاف، صوری و یا ناچیز را قابل تعدیل می‌دانند.

در کشورهای عربی ـ اسلامی نیز قوانین مدنی مصر[۱]، عراق، سوریه، لبنان و لیبی[۲]، آشکارا از تعدیل وجه التزام و توجه دادرس به اراده متعاقدین حکایت می کنند.

از مجموع آنچه گفته شد، تقریباً در اکثر کشورهایی که امروزه دارای نظام حقوقی پیشرفته و معتبری هستند موضوع تعدیل شرط وجه التزامهایی (شرط جزایی) که به نحو غیر متعارف، گزاف و نامعقول مورد توافق قرار گرفته‌اند کاملاً پذیرفته شده و مسلم است. این در حالی است که اغلب این کشورها حاکمیت اراده در قراردادها را کاملاً مورد شناسایی و احترام قرار داده‌اند. لیکن چیزی که در این گیرودار پیروز شناخته شده و قبل از هر چیز مورد توجه قانونگذاران و محاکم قرار گرفته است تأمین عدالت و ارائه راه حل منصفانه در قراردادهاست.

اینك با نگاهی دقیق تر و دوباره به آنچه گفته شد، در حالی که مقررات و احکام مربوط به لزوم تعدیل وجه التزام در جایی که توافق صریح طرفین به پرداخت مبلغ تعیین شده است و فرض تطابق و برابری مبلغ تعیین شده با خسارت واقعی هم چندان ملحوظ نیست، اما درعین حال قاضی به‌رغم اراده طرفین محق و بلکه ملزم به تعدیل وجه التزام و خسارت تعیین شده است، چرا در فرضی که اساساً از همان ابتدا اراده متعاقدین به تطابق و تکافو مبلغ تعیین شده با خسارت واقعی است قائل به تعدیل مبلغ تعیین شده با خسارت واقعی نشویم؟ در صورتی که قصد طرفین پرداخت مبلغ تعیین شده است و اراده آنها هم صرفاً به این تعلق گرفته باشد که در صورت بروز هر شرایطی باید مبلغ مزبور به‌عنوان وجه التزام پرداخت شود، اما از نظر قوانین مزبور چنین شرطی در صورت گزاف یا ناچیز بودن مبلغ آن قابل تغییر است و دادرس می تواند اراده آنها را نادیده بگیرد. چرا در جایی که اساساً اراده طرفین به جبران خسارت واقعی تعلق گرفته باشد و مبلغ تعیین شده را هم مبنیاً بر

---

۱. مطابق مواد ۲۲۴ و ۲۲۵ ق. م. مصر قاضی قادر خواهد بود وجه التزام تعیین شده را تعدیل نماید. نکته جالب توجه اینکه چنانچه طرفین بر وجه التزام گزاف توافق کنند و یا توافق کرده باشند که به‌رغم اجرای بخشی از تعهد کماکان اعتبار شرط وجه التزام در خصوص پرداخت کل مبلغ تعیین شده باقی باشد، چنین شرطی اساساً باطل است. برای مطالعه بیشتر در خصوص قوانین یاد شده مراجعه شود به سنهوری، الوسیط، ج ۲، پیشین، ص ۸۷۱، ش ۴۹۵.

۲. قوانین کشورهای عراق، سوریه، لبنان و لیبی در خصوص تعدیل وجه التزام تا حد زیادی به ماده ۲۲۵ ق. م. مصر شباهت داشته و عموماً تعدیل شرط وجه التزام را از سوی قاضی و محکمه مجاز دانسته‌اند.

همین قصد در ضمن عقد شرط کرده باشند، نباید قائل به تعدیل شد و در صورتی که مبلغ تعیین شده با خسارت واقعی (مورد قصد طرفین) تفاوت داشته باشد آن را به نفع مطابقت با قصد واقعی تغییر داد؟ اتفاقاً در اینجا نه تنها تأمین عدالت و رعایت انصاف تضمین شده‌تر و مسلم‌تر است، بلکه احترام به اراده و قصد حقیقی طرفین هم مورد لحاظ و توجه قرار گرفته است. دست شستن و نادیده گرفتن از اجرای شرطی که هدف اصلی متعاقدین از اندراج آن جبران خسارت واقعی بوده و چه بسا قصد اصلی آنها نیز فرار از شرط وجه التزامهای تهدیدی یا وجه التزامهای متضمن رباخوری و غیر انسانی بوده است نه تنها متضمن عدالت و انصاف است بلکه عین احترام به اراده متعاقدین است. بله، ممکن است این اشکال مطرح شود که اگر هدف متعاقدین جبران خسارت واقعی است چه نیازی به اندارج شرط و تعیین مبلغ خاص است؟ به موجب ادله عام جبران خسارت و قواعد مسئولیت مدنی چنین خساراتی باید جبران شوند! پاسخ این سؤال روشن است. ثمره عملی آن در اثبات زیادتر یا کمتر بودن خسارت واقعی نسبت به مبلغ تعیین شده است. چرا که اگر طرفین هیچ توافقی نکرده باشند به محض تخلف متعهد و ورود خسارت، مسئولیت اثبات اصل خسارت و میزان آن بر عهده متعهد له است. در حالی که اگر در ضمن قرارداد شرط تعیین خسارت مندرج باشد و چنین توافق کرده باشند که تخلف متعهد مستلزم خسارتی خواهد بود که میزان آن هم چون پیشاپیش معلوم است باید برابر با مبلغ تعیین شده جبران شود، در صورت اعتراض متعهد نسبت به گزاف بودن مبلغ تعیین شده بار اثبات خسارت واقعی بر عهده متعهد و در صورت ناچیز یا کمتر بودن مبلغ تعیین شده نسبت به خسارت واقعی، بار اثبات بر عهده متعهد له است.

بنابراین از مجموع آنچه گفته شد در اکثر کشورهای شناخته شده اعم از اروپایی، عربی و سوسیالیستی تعدیل شرط وجه التزامهای گزاف و بیهوده مسلم است. قبول بی‌قید و شرط حاکمیت اراده در جایی که پای انصاف و عدالت در میان است، پذیرفته نیست. در کشورهای آمریکا و انگلیس هم که اساساً وجه التزامهای گزاف و اغراق‌آمیز را خصوصاً در جایی که به قصد تهدید و تضمین قرارداد درج کرده باشند باطل و کان لم یکن تلقی کرده‌اند، داعیه اصلی در این کشورها هدایت طرفین قرارداد به سمت پرداخت خسارت

واقعی است. به همین خاطر است که در این کشورها دادرس به محض احراز و کشف قصد طرفین مبنی بر اینکه درج شرط خسارت، جبران خسارت واقعی بوده است، دیگر از مداخله و تغییر اراده طرفین خودداری می نمایند. خواه، حقیقتاً خسارت واقعی همان مقداری باشد که در شرط ضمن عقد معلوم کرده‌اند، خواه به مراتب کمتر یا بیشتر از مقدار مزبور باشد. از این حکم چنین استنباط می‌شود که در چنین حالتی هر چند مبلغ تعیین شده تفاوت فاحشی با خسارت تعیین شده پیدا کند به بهانه غیر عادلانه بودن مبلغ تعیین شده قابل تغییر و تعدیل نخواهد بود. بلکه آنچه در این میدان جدال و درگیری پیروز و حاکم خواهد بود، اصل حاکمیت اراده است. لیکن این تفوق و برتری تنها مشروط بر این است که انگیزه طرفین در هنگام تعیین مبلغ مندرج در شرط خسارت (Liqudated Damage) مجازات متخلف نباشد. قصد آنها تحذیر و تهدید یکدیگر نباشد.[1]

در حقوق ایران، چنانچه پیش از این هم به اختصار اشاره کرده‌ایم، وجود ماده ۲۳۰ قانون مدنی تا حدود زیادی از قدرت ارائه تحلیل‌های حقوقی بیشتر کاسته است. ماده مزبور به دلیل صراحت و قاطعیتی که از خود نشان می‌دهد، این گونه وانمود می کند که تعدیل شرط وجه التزام و یا شروط مشابه آن هر چند گزاف، غیر معقول و ناعادلانه هم باشد، بنابر اصل حاکمیت بلامنازع اراده متعاقدین در تنظیم قراردادها و شروط، به هیچ وجه قابل تغییر و تعدیل نیست. اما با تأملی بیشتر و با توجه به سایر مقررات موجود بعید نیست که در خصوص مسئله مانحن فیه از این جزمیت و قاطعیت، بتوان تا حدودی فاصله گرفت. برای دستیابی به پاسخی کامل و روشن دو سؤال مهم را طرح می کنیم:

سؤال اول: اگر اراده طرفین به جبران خسارت واقعی تعلق گرفته باشد آیا می توان در صورت گزاف یا ناچیز بودن مبلغ پیش‌بینی شده آن را تعدیل نمود؟

سؤال دوم: در صورتی که متعهد له بخشی از تعهد را اجرا کرده باشد (اجرای ناقص) حکم مسئله چیست، آیا می توان مبلغ تعیین شده را تا حدی که متناسب با تعهد انجام نشده باشد، تعدیل کرد و متعهد را به همان نسبت معاف ساخت؟

---

1. Treitel, Op. Cit, P. 769 - Cheshire and Fifoot, Op. Cit. P. 602.

قبل از پاسخ به سؤالات فوق ابتدا به برخی از آرای و رویه‌های حقوقی موجود در حقوق ایران اشاره می کنیم. آنگاه با توجه به کلیه آنچه گفته می شود پاسخ هر یك را پی می گیریم.

برخی از نویسندگان با الهام از قوانین کشورهای یاد شده در سطور پیشین، گفته‌اند، اگر در وجه التزام تکیه بر وصف جبران خسارت عدم انجام تعهد باشد، دادرس باید بتواند میزان آن را با واقعیت (خسارت واقعی) سازگار کند و از میزان وجه التزامهای گزاف بکاهد و بر میزان وجه التزامهای ناچیز بیفزاید.[۱]

همین نویسنده در جای دیگر آورده است، چون در حقوق فرانسه منبع الزام آور عقد توافق دو اراده باطنی است لذا جواز تعدیل قرارداد (وجه التزام)توسط دادگاه، سرانجام در این حقوق راه می‌یابد.[۲] یعنی آنچه عامل اصلی پذیرش نظریه تعدیل در این نظام حقوقی بوده احترام به اراده حقیقی طرفین است. اگر چه این جنبه مسئله هم نهایتاً به اصل حاکمیت اراده باز می گردد اما در عین حال در پاره‌ای از موارد و در بسیاری از کشورها حتی اگر طرفین قصد واقعی شان هم جبران خسارت نبوده باشد باز هم دادگاه این حق را برای خود مفروض می کند که از وجه التزامهای جائرانه و غیر منصفانه جلوگیری کند.[۳]

این گرایش به انصاف در حقوق ایران نیز به‌رغم سرسختی ماده ۲۳۰ ق. م.، به هر حال در پاره‌ای از آراء مشاهده می‌شود. مثلاً در رأی صادره در پرونده شماره ۳۵/۱۰۶ از سوی شعبه ۴ دادگاه بخش تهران که سرانجام با تأئید دیوان عالی کشور هم مواجه می‌شود، به‌رغم توافق صریح طرفین بر میزان خاصی از وجه التزام اما دادگاه با عنایت به غیر منصفانه بودن آن از الزام خوانده به پرداخت وجه التزام خودداری می‌ورزد.[۴] البته ناگفته نماند که

۱. ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات**، پیشین، ص ۳۴۹.

۲. ناصر کاتوزیان، **ضمان قهری و مسئولیت مدنی**، پیشین، ص ۳۶۴.

۳. در رای محکمه استیناف مصر در ۲ دسامبر ۱۹۲۶ آمده است «...چنانچه مقدار خسارت پیش‌بینی شده گزاف، جائرانه، غیر معقول و غیر متناسب با ضرر و زیان وارده باشد به‌رغم توافق طرفین قاضی نباید آن را بپذیرد. بلکه موظف است برحسب شرایط و اوضاع و احوال و ضرر واقعی حکم نماید». احمد حشمت ابوستیت، ج ۱، پیشین، ص ۴۳۶ و ۴۳۷.

۴. ناصر کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، پیشین، ص ۳۰ و ۳۱.

به‌نظر می‌رسد دادگاه برای فرار از ماده ۲۳۰ ق. م. توجیهاتی را در رأی مزبور اعمال نموده است.

در فقه نیز مشاهده می‌شود که هر گاه نامزدها در قصد واقعی شان توافق بر مهریه‌ای باشد که به خاطر ملاحظاتی از جمله ملاحظه خویشان و نزدیکان در ظاهر مبلغی بیشتر از آن را عنوان کرده باشند نباید قصد واقعی آنها را نادیده گرفت. چرا که اساساً لفظ و کلامی که معنای حقیقی آن اراده نشده باشد التزامی به وجود نمی آورد.[1]

خصوصاً در حال حاضر هم که مطابق با مقررات جاری جمهوری اسلامی ایران تعدیل مهریه زنانی که سالهای قبل بر مبنای ارزش روز ریال و پول رایج کشور مبلغ ناچیزی را در نظر گرفته‌اند و با توجه به تغییر فاحش ارزش پول رایج، حکم به پرداخت همان مقداری که در الفاظ ظاهری آمده است را روا ندانسته و تعدیل آن را در جهت رعایت انصاف و با گرایش به ارزش مبادلاتی مبلغ تعیین شده که مبنای قصد و تراضی حقیقی طرفین می‌باشد، مجاز دانسته‌اند، چنین به نظر می‌رسد تحولی جدی در مسئله مورد بحث باشد.

همچنین شائبه گرایش به انصاف و تعدیل اراده ابراز شده و ظاهری در بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی که حق تخفیف خسارت در پاره‌ای موارد را برای دادرس در نظر گرفته است از جمله مواردی است که بخوبی این تحول را نمایان می‌سازد. تا جایی که برخی از صاحب نظران در تحلیل ماده فوق گفته‌اند، دادرس می تواند در مواردی سنگینی وجه التزام را کاسته و قرارداد را عادلانه سازد.[2]

این امر بخصوص در جایی که اولاً موضوع تعهد قابل تجزیه باشد و ثانیاً تعدیل شرط هم صریحاً منع نشده باشد، چنانچه موضوع توافق و مبنای تراضی طرفین تغییر کرده باشد، به سهولت بیشتری قابل پذیرش است. مثلاً چنانچه بخش اصلی تعهد انجام شده باشد و تنها

---

۱. مرحوم شیخ طوسی(ره) در این مسئله مهریه ذکر شده را معتبر می‌دانند اما مرحوم صاحب جواهر بر کلام وی انتقاد نموده و معتقدند کلامی که معنای آن اراده نشده است التزامی به وجود نمی آورد. جواهر الکلام، ج ۳۱، پیشین، ص۳۷ـ ابن قیم جوزی (از فقهای عامه) در اعلام‌الموقعین نیز صریحاً اعلام می‌دارد که قصد واقعی طرفین بر ظاهر الفاظ ترجیح دارد و همان قصد را معیار صحت و فساد عقد می‌داند، ابن‌قیم الجوزیه، اعلام‌الموقعین، ج ۳، لبنان، بیروت، دارالجیل، بدون تاریخ انتشار، ص ۱۲۱.

۲. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ـ ایقاع، پیشین، ص ۲۹۰.

جزء کوچك و مستقلی از تعهد انجام نشده باقی مانده باشد، چرا دادرس نتواند از میزان وجه‌التزام تا حد متناسب شدن با تعهد انجام نشده و خسارت ناشی از آن بکاهد؟[۱]

اینك با توجه به آنچه گفته شد، در جایی که بسیاری بر این عقیده‌اند که اگر طرفین بر وجه التزامی توافق کرده‌اند باشند، صرف نظر از ورود خسارت یا عدم ورود آن بنا به مقتضای عدل و انصاف، باید مبلغ پیش‌بینی شده تا میزان خسارت واقعی تعدیل گردد، چرا در جایی که اساساً اراده طرفین و مبنای تراضی حقیقی آنها جبران خسارت واقعی بوده است چنین حکمی روا نباشد؟ از سوی دیگر اگر بپذیریم که آنچه دلیل اصلی نادیده گرفتن این حکم به شمار می‌رود و پشتوانه ماده ۲۳۰ ق. م. ایران هم تلقی می‌شود «احترام به اصل حاکمیت اراده طرفین است» مگر نه این است که اگر قصد حقیقی طرفین بر جبران خسارت واقعی باشد، حکم به تعدیل عیناً مطابق با همان اصل خواهد بود؟ چرا قاضی حق داشته باشد حکم کند که چون توافق زوجین در پنجاه سال قبل در خصوص مهریه یکصد ریال مطابق با ارزش روز ریال بوده و قصدشان چنین بوده که با مهریه پیش‌بینی شده زوجه قادر می‌شده است مثلاً یکصد سکه طلا خریداری کند و لذا امروزه که بحث پرداخت آن مطرح می‌شود باید قصد واقعی طرفین که مثلاً تأمین و تهیه همان مقدار سکه است معادل سازی گردد. آیا جز این است که به حکم لزوم رعایت عدالت و انصاف باید قصد واقعی طرفین احراز شود؟ آیا جز این است که به حکم عقل باید حکمت شرط و احترام به الفاظ ظاهری را در پای گوهر گرانبهای عدالت که روح قوانین الهی و آسمانی از جمله شرع مقدس اسلام را تشکیل می‌دهد، قربانی کرد؟ اگر بپذیریم که از نظر طرفین آنچه موضوعیت داشته است جبران خسارت واقعی بوده و برای پاره‌ای از اهداف و محاسنی که قبلاً توضیح داده‌ایم صرفاً پیش‌بینی معقول و متعارف خود را در قالب شرطی ابراز کرده‌اند، چرا نباید قصد حقیقی آنها که مهم‌ترین دلیل اندارج شرط بوده است احراز نشود و اگر احراز شد معتبر و ملاك حکم قرار نگیرد؟

بر همین مبناست که اغلب معتقدند وجه التزام هم چیزی جز خسارت عدم انجام

---

۱. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی، چاپ دوم، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴، ص ۱۵۵.

تعهد نیست که در نتیجه قائل به تعدیل آن شده‌اند.[۱] بنابراین خصوصاً در جایی که اراده مشترك طرفین صرفاً جبران خسارت وارده باشد، نه ضمانت اجرای انجام معامله و نه مجازات متخلف، به طریق اولی باید تعدیل مقدار پیش‌بینی شده را در صورتی که اتفاقاً به‌رغم تخلف متعهد خسارتی به بار نمی‌آید و یا متفاوت با آن چیزی است که پیش‌بینی می‌شده است مجاز، بلکه ضروری دانست.

این حکم (لزوم تعدیل) بویژه در جایی که اجرای تعهد با تأخیر انجام می‌شود و خسارت ناشی از این تأخیر هم متفاوت با خسارت مدنظر طرفین در حین عقد باشد قابل تعمیم است. همچنین در جایی که متعهد تنها بخشی از تعهد را انجام نداده باقی می گذارد و خسارت حاصله از این امر هم متفاوت با آن چیزی است که طرفین پیش‌بینی کرده‌اند، به‌نظر می‌رسد نظریه تعدیل معقول و منطقی باشد.

---

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، پیشین، ص ۴۵.

فصل چهارم

دعوای شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

طرح بحث

هر دعوایی اعم از اینکه رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم داخلی باشد یا محاکم بین‌المللی، اعم از اینکه تابع قوانین ملی باشد یا مقررات بین‌المللی، علی الاصول از چند جهت باید مورد توجه و بررسی قرار گیرد. نخست آنکه باید دید، شرایط لازم برای طرح دعوای خسارت و نظایر آن چیست؟ در گفتار اول از این فصل ضمن پاسخ به این سؤال قواعد و اصول کلی مربوط به اثبات ادعا را از منظر حقوقی در نظامهای مورد نظر نیز بررسی می کنیم.

در گفتار دوم نیز به این سؤال که مرجع رسیدگی کننده به دعوای خسارت تعیین شده کدام است پاسخ می‌دهیم. در این فراز ابتدا به نحوه تعیین مرجع صلاحیت‌دار برای رسیدگی اشاره می کنیم. آنگاه به موضوع چگونگی رسیدگی در مراجع صلاحیت‌دار خواهیم پرداخت.

سرانجام در گفتار سوم هم به موضوع مهم و اساسی قانون حاکم بر دعوای مورد بحث، هم از حیث چگونگی تعیین قانون حاکم و هم به قانون حاکم از منظر مقررات

کشورهای مورد نظر، خواه در رسیدگی با داوری و خواه در رسیدگی‌های از طریق محاکم دادگستری می‌پردازیم.

مبحث اول ـ شرایط و اصول کلی طرح دعوا

به طور عام در دعاوی مسئولیت مدنی، هر کسی که جبران خسارتی را مطالبه می‌نماید مدعی محسوب شده و اولاً باید تمامی شرایط لازم برای طرح دعوا را دارا باشد. ثانیاً باید تمامی ارکان ادعا و حقوق خود را اثبات کند. هر دو قسمت فوق در مسئولیت قراردادی نیز مراعا بوده و طبیعی است که برای طرح دعوای خسارت تعیین شده هم، مدعی باید علاوه بر رعایت شرایط لازم و مورد نظر، ارکان حق خود را که پاره‌ای از آن اختصاص به دعوای مسئولیت قراردادی دارد اثبات نماید. بدین ترتیب در گفتار حاضر ابتدا به شرایط لازم برای طرح دعوا می‌پردازیم. سپس مسئله اثبات حق و ادعا را پی می گیریم.

گفتار اول ـ شرایط لازم برای طرح دعوا

مقدمه ـ قبل از رسیدن موعد رسیدگی هر دعوایی در دادگاه و پیش از طرح ادله مثبت حق و ادعا، نخستین موضوعی که مطرح می گردد این است که آیا مدعی شرایط لازم برای طرح دعوا را دارا بوده و مقدمات آن را طی نموده است یا نه؟ بدیهی است که هرگاه متعهد در انجام وظایف و تعهدات فیمابین تخلف کند لزوماً موضوع دعوای خسارت تعیین شده، مطرح نخواهد بود. بلکه چه‌بسا متعهدی پس از عقد قرارداد و قبول شرط خسارت ضمن آن، با محاسبه سود و زیان ناشی از عدم انجام تعهد و پرداخت خسارت ناشی از تخلف، راضی به پرداخت خسارت شود و از همان ابتدا از انجام یا ترك فعل تعهد شده تخلف نماید. همچنین ممکن است پس از اجرای ناقص تعهد و بروز تخلف و ورود خسارت، قبل از اینکه مدعی نیازی به طرح دعوا در دادگاه پیدا کند، متعهد با تأمین نظر متعهد له (زیان دیده) آنچه

مورد توافق اوست را بپردازد. در نتیجه طلبکار نیازی به طرح دعوا و مطالبه خسارت تعیین شده از این طریق را پیدانکند.

بنابراین تنها در صورتی که متعهد (متخلف) از پرداخت خسارت تعیین شده خودداری ورزد و طلبکار نیز ناگزیر از طرح دعوا گردد، طبعاً قبل از مرحله اثبات ادعای خویش در نزد مرجع صلاحیت‌دار باید شرایطی را فراهم آورد. این شرایط را می توان به قرار ذیل مورد بحث و بررسی قرار دارد:

بند اول ـ ادعا و حق مورد مطالبه باید منجز باشد

چنانچه شرط تعیین قراردادی خسارت که در ضمن عقد اصلی مورد توافق قرار می گیرد معلق به امر دیگری غیر از نقض قرارداد و ورود خسارت مورد نظر شده باشد، طلبکار نمی تواند نسبت به آن اقامه دعوا کند، مگر اینکه آن امر یا امور مزبور محقق شوند. مثلاً هر گاه طرفین برای مطالبه خسارت فرارسیدن زمان معینی را پیش بینی کرده باشند، بدیهی است تا زمان مورد نظر فرا نرسیده باشد مطالبه خسارت و به تبع آن در صورت امتناع متعهد، طرح دعوا علیه او مجاز نخواهد بود. بنابراین غیر معلق بودن ادعا و به تعبیری منجز بودن حق، از جمله شرایطی است که برای استحقاق مدعی در مطالبه خسارت تعیین شده لازم و ضروری است.

بند دوم ـ مدعی خسارت تعیین شده باید دارای اهلیت لازم برای طرح دعوا باشد

طرفین دعوا ـ خصوصاً کسی که مدعی خسارت و مطالبه آن از طریق طرح دعوا می گردد ـ باید اهلیت قانونی و لازم برای این امر را دارا باشند. اهلیت صلاحیتی است که هر شخصی (اعم از حقیقی یا حقوقی) برای دارا شدن یا اعمال حق دارد. اهلیت دارا شدن حق که در اصطلاح به اهلیت تمتع شهرت دارد، صلاحیتی است که شخص به محض تولد در یك یا چند حقوق پیدا می کند.[1] اهلیت اعمال حق نیز، صلاحیتی است که شخص برای

---

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، پیشین، ص ۳۵۵.

به کار بردن حق خود در چیزی یا امری دارا می‌شود. این اهلیت نیز به اهلیت استیفاء اشتهار دارد که اقامه دعوا از مصادیق این قسمت از اهلیت محسوب می‌شود. اهلیت تمتع اصولاً از بدو تولد در اغلب حقوق حاصل و مفروض است. اما اهلیت استیفاء از جمله اقامه دعوا برای آن دسته از اشخاص فرض می‌شود که عاقل، بالغ و رشید باشند.[1] همچنین برای اینکه مدعی بتواند اقامه دعوا کند طرف مقابل او (مدعی علیه) نیز باید در زمان طرح دعوا دارای اهلیت قانونی لازم باشد.[2]

اگرچه دارا بودن اهلیت در هنگام عقد قرارداد و اندراج شرط تعیین خسارت در ضمن آن ضروری بوده و کسی که بالغ و عاقل و رشید نیست حق انعقاد قرارداد نداشته و در صورت انعقاد قرارداد، عمل او باطل محسوب می‌شود[3]، اما ممکن است پس از عقد قرارداد برخی از صفات زائل و اهلیت قانونی لازم برای اقامه دعوا را از دست بدهد.

در حقوق آمریکا و انگلیس نیز شخصی برای اینکه بتواند از اختیار اعمال حقوق اجتماعی و مدنی برخوردار شود خصوصاً در انعقاد قرارداد و اقامه دعوا ایفای نقش کند باید اهلیت قانونی لازم را دارا باشد. در گذشته طبق قواعد کامن‌لا کسی که به سن ۲۱ سالگی نرسیده بود صغیر شناخته می‌شد.[4] اما اینك در حقوق کشورهای مزبور کسی اهل شناخته می‌شود که تنها هجده سال از آغاز تولدش گذشته باشد. در آمریکا پس از اینکه به موجب بیست و ششمین اصلاحیه قانون اساسی، سن حق رأی را به ۱۸ سال تقلیل دادند، اکثر ایالتها دارا بودن ۱۸ سال تمام برای سایر حقوق مدنی را کافی دانستند.[5] در انگلیس نیز با

---

۱. طبق بند ۱ ماده ۱۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی، اشخاصی نظیر صغیر، غیر رشید، مجنون و ورشکسته که اهلیت قانونی ندارند حق اقامه دعوا نخواهند داشت.

۲. به موجب ماده ۲۰۰ قانون آ. د. م.، در صورتی که مدعی علیه نیز اهلیت نداشته باشد می‌تواند از ادای پاسخ در ماهیت دعوا امتناع کند.

۳. برابر با مواد ۱۹۰، ۲۱۰، ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مدنی ایران کسی که اهلیت ندارد نمی‌تواند معامله کند و در غیر این صورت معامله او باطل می‌باشد. برای اهل بودن نیز عاقل، بالغ و رشید بودن لازم است.

4. Infant (Minor).

5. Murray on contracts, Op.Cit. P.38 - David Barker & Colin Padfield Op.Cit.P.99.

تقلیل سن در سال ۱۹۶۹ به ۱۸ سال به موجب قانون اصلاح حقوق خانواده[۱] هم اکنون در این کشورها کسی که به سن هجده سالگی می‌رسد واجد تمام مسئولیتهای افراد بالغ می‌گردد. البته ناگفته نماند که علاوه بر دارا بودن ۱۸ سال تمام، برخورداری از سلامت عقلی و شعور کافی نیز لازم است. افراد مختل المشاعر[۲] و غیر عاقل نیز همانند حقوق ایران از اهلیت قانونی برخوردار نیستند.[۳] در هر حال حق دادخواهی و اقامه[۴] دعوا در این نظام حقوقی نیز منوط به داشتن اهلیت قانونی لازم می‌باشد.

بند سوم ـ مدعی باید ذینفع باشد

اساساً منطقی و به عبارتی ضروری است که هرگاه کسی دعوایی را طرح کند باید در آن نفعی داشته باشد. هرچند این نفع برای شخص مدعی نباشد و او به نمایندگی از اشخاص یا جامعه چنین اقدامی را عهده دار شود. مثلاً دادستان در امور حقوقی مثل ورشکستگی، اعتراض به حصر وراثت و غیره به نمایندگی از دیگران یا جامعه اقامه دعوا می‌نماید.

طبق ماده ۲ ق. آ. د. م. هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر اینکه شخص یا اشخاص ذینفع رسیدگی به دعوا را مطابق مقررات قانون درخواست نموده باشند. در خصوص مطالبه مبلغ تعیین شده در شرط خسارت نیز طرفی که طرح دعوا می‌کند باید در آن شرط ذینفع باشد. خواه شرط پرداخت خسارت نقض قرارداد برای یك طرف و خواه برای هر دو طرف در نظر گرفته شده باشد. همچنین خواهد بود، هرگاه شرط مطالبه خسارت برای شخص ثالثی در قرارداد پیش بینی شده باشد. مثلاً طرفین مقرر کرده باشند که هرگاه یکی از آنان از اجرای قرارداد تخلف کند چون مستلزم ورود خسارت خاصی به

---

۱. به موجب بند ۱ ماده ۱ قانون اصلاح حقوق خانواده ۱۹۶۹ از اول ژانویه ۱۹۷۰ م. اشخاصی که به ۱۸ سالگی می‌رسند، به‌جای رسیدن به ۲۱ سالگی، به سن قانونی رسیده محسوب شده... و بالغ تلقی می‌گردد. همچنین در این کشور هرگاه صغیری بخواهد در دادگاه حقوق خود را مطالبه و یا اقامه دعوا کند باید شخص مسئول دیگری به عنوان قیم یا سرپرست به نیابت از او اقدام کند.

2. Unsound mind - Mentally ill.

3. Murry On Contract, Op. Cit. P. 43 - Robert Duxbury, Op. Cit. P. 25.

4. Litigation Right.

شخص ثالثی خواهد بود، طرف متخلف به میزان پیش بینی شده به شخص زیان دیده بپردازد.

بند چهارم- تقدیم دادخواست از سوی مدعی

تقدیم دادخواست نیز از جمله شرایط لازم برای طرح دعوا در مرجع صلاحیت‌دار است. علاوه بر ماده ۲ مذکور در بند پیشین که رسیدگی به هر دعوایی را منوط به ارائه درخواست از سوی مدعی دانسته است، در ماده ۷۰ قانون مزبور نیز، شروع به رسیدگی در دادگاههای دادگستری را به تقدیم دادخواست موکول نموده است. بنابراین هر مدعی طلبی که قصد دارد خسارت تعیین شده در قرارداد را به دلیل نقض قرارداد از سوی متخلف مطالبه کند، باید با تقدیم دادخواست به مراجع صلاحیت‌دار قانونی مراتب ادعای خود را اظهار نماید.

گفتار دوم- اثبات دعوا

پس از اینکه شرایط مقدماتی طرح دعوا و تشریفات لازم برای رسیدگی به ادعای خواهان تماماً مهیا گردید، مرحله اثبات دعوا(ادعا) از سوی مدعی و چگونگی آن آغاز می گردد. بدیهی است که هیچ محکمه‌ای به صرف ادعا از سوی کسی، حق ندارد او را مستحق قلمداد کرده و بدون ارائه دلیل و مدرك طرف مقابل او را به کارسازی در برابر ادعای مدعی محکوم و ملزم نماید. در دعوای خسارت تعیین شده نیز هر ادعایی باید مستند به دلیل و مدرك مناسب از نظر مرجع رسیدگی کننده باشد. خواه مرجع رسیدگی کننده دادگاه صالحه باشد، خواه مراکز داوری صلاحیت‌دار.

آنچه در اغلب دعاوی اهمیت مهمی دارد و در اینجا نیز باید مورد مطالعه قرار گیرد این است که ببینیم مدعی چه کسی است و ادعای او چیست؟ در بحث خسارت تعیین شده نیز باید ببینیم مدعی چه کسی است و در واقع چند ادعای مرتبط با خسارت تعیین شده را طرح می نماید؟

علی الاصول در دعوای مطالبه خسارت، زیان دیده مدعی می گردد و باید اثبات ارکان دعوا را نیز بر عهده بگیرد. اما در دعاوی مربوط به شرط وجه التزام یا شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد، هر چند که در اغلب موارد مدعی همان زیان دیده است اما در واقع حق مطالبه خسارت تعیین شده و یا وجه التزام پیش بینی شده متعلق به مشروط له ذینفعی است که باید اثبات ارکان دعوا را بر عهده بگیرد.

با این تفاوت که در شرط وجه التزام تنها اثبات بخشی از آنچه در شرط خسارت لازم است بر عهده مدعی است. اینك برای اینکه بتوانیم موضوع را به جایگاه روشن و شفافی هدایت کنیم به اثبات دعوای وجه التزام نیز اشاره می کنیم.

در فرآیند اثبات دعوای شرط وجه التزام و همچنین خسارت تعیین شده حسب مورد، مشروط له (مدعی) طبیعتاً باید به ترتیب ذیل هر یك از ادعاهای خود را تا رسیدن به نتیجه نهایی اثبات کند:

۱ ـ نخستین ادعایی که مدعی باید اثبات کند، اثبات وجود قرارداد صحیح یا تعهد لازم الوفایی است که فیمابین طرفین منعقدشده و به موجب آن، طرفین متعهد به انجام عمل یا ترك فعلی گشته‌اند. بدیهی است که این ادعا باید از سوی کسی اثبات شود که مدعی است طرف مقابل از انجام تعهد مزبور تخلف کرده و به دلیل تخلف از انجام تعهد می‌بایست مبلغی را بپردازد، خواه آن مبلغ وجه التزام باشد خواه خسارت تعیین شده. پس، چون اثبات اینکه آیا اساساً تعهد و قراردادی فیمابین طرفین بوده یا نه، بر عهده مدعی وجود قرارداد است. لذا او به مصداق «البینة للمدعی» باید اسناد و مدارك دال بر وجود قرارداد و تعهد را در نزد دادگاه یا مرجع رسیدگی کننده ارائه نماید.

۲ ـ دومین ادعایی که معمولاً مطرح می گردد، این است که متعهد له مدعی می‌شود که متعهد در انجام وظایف خود تخلف نموده است. این ادعا اغلب به سه صورت ممکن است مطرح شود:

الف ـ متعهدله ادعا می کند که متعهد اساساً هیچ بخشی از تعهد را طبق آنچه در قرارداد ملتزم شده است انجام نداده است. در این صورت متعهد باید اثبات کند که آیا وفق قرارداد تعهد را انجام داده است یا خیر؟ در نتیجه بار اثبات بر عهده متعهد (خوانده) است.

اصل در اینجا موافق با قول متعهدله است.

ب ـ متعهدله ادعا می کند که متعهد از ترک فعل خاص که در قرارداد مندرج می باشد تخلف ورزیده و مرتکب فعل منهی عنه گردیده است. در این صورت مدعی باید تخلف متعهد را اثبات کند، چرا که اصل عدم وقوع تخلف است مگر اینکه متعهد له یا مدعی آن را اثبات نماید.

ج ـ صورت سومی هم فرض می‌شود و آن اینکه، متعهدله ادعا می نماید تعهد انجام شده ناقص بوده و مطابق با شرایط و شروط قراردادی نیست. کشف خلاف و عدم تطابق آنچه انجام شده است با آنچه طبق قرارداد می‌باید انجام می شد با متعهدله است. بدیهی است که اگر او از ادعای خود دست بردارد دعوایی باقی نخواهد ماند.[۱] در نتیجه ادعای عدم انطباق آنچه انجام شده است با شرایط قراردادی و به تعبیر دیگر ادعای اجرای ناقص قرارداد باید از سوی متعهدله (مدعی) اثبات گردد. در این راستا کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین نیز در مواد ۳۸ و ۳۹، اولاً مشتری را موظف کرده است که ابتدا در کوتاه‌ترین زمان ممکن، با توجه به اوضاع و احوال کالا را بازرسی نموده و پس از اینکه عدم انطباق کالا را کشف کرد در زمان متعارفی چگونگی عدم انطباق را طی یادداشتی به اطلاع فروشنده برساند. در غیر این صورت حق او نسبت به عدم انطباق کالا از دست خواهد رفت. این مقرره تقریباً مشابه همان چیزی است که در ماده (a)(۳) ۶۰۷ـ۲ از U.C.C آورده شده است.[۲] طبعاً در دادگاه نیز متعهدله مدعی نقض عهد و یا عدم انطباق عمل انجام شده با قرارداد است که باید ادعای خود را اثبات نماید. در ماده مزبور آمده است که خریدار باید در فرصت معقول و متعارفی مراتب عدم انطباق و نقص را به فروشنده اطلاع دهد. بدیهی است اگر فروشنده(مدعی علیه) ادعای خریدار را نپذیرد، او باید ادعای خود را در دادگاه اثبات نماید.

---

۱. همواره مدعی کسی است که اگر از ادعای خود دست بردارد، دعوا خاتمه می‌یابد. فقهاء نیز گفته‌اند«المدعی هو الذی یُترک لو ترک»ـ یا بعضا نیز گفته‌اند: مدعی کسی است که قول(ادعا) او مخالف اصل (اصالة العدم) یا مخالف ظاهر است. شهیدین، شرح لمعه، ج ۳، پیشین، ص۷۶.

2. Murray On Contracts, Op. Cit, P. 900.

در تأیید قواعدی که در صور سه گانه گفته شده، در اغلب نظامهای حقوقی بویژه نظامهای مورد بحث، هر گاه بنا به دلایلی خارج از اراده مدعی علیه (خوانده) اجرای تمام یا بخشی از تعهد غیر ممکن شده باشد و خواهان مطالبه خسارت نماید، چنانچه خوانده بخواهد از مسئولیت مبرا گردد او باید اثبات نماید که مانع خارجی عامل بروز تخلف بوده است نه اینکه خودش باعث غیر ممکن شدن قرارداد شده باشد.[۱] در نتیجه بار اثبات[۲] خلاف آن یعنی اینکه خود متعهد باعث غیر ممکن شدن قرارداد شده است بر عهده طرف مقابل خواهد بود.[۳]

از سوی دیگر پیش از این گفته‌ایم که به محض اطلاع متعهدله از وقوع تخلف و نقض عهد توسط متعهد باید به طور متعارف تاحدی که ممکن است تمام تلاش خود را به کار گیرد تا از ورود خسارت جلوگیری کند. چرا که در صورت تخلف از این تکلیف حق مطالبه آن میزان از خسارت را که توان کاهش آن را داشته است، ندارد.[۴] در نتیجه متعهدی که از اجرای تعهد بازمانده و موفق به ایفای تعهد خود، (اگر خوانده بتواند اثبات کند که بخشی از خسارت یا تمام آن ناشی از قصور خواهان در کاهش خسارت بوده است قابل مطالبه نخواهد بود نظیر آنچه دادگاه در دعوای اتخاذ رویه نموده است.) نمی گردد باید طی اخطاری حدوث مانع و آثار آن را بر توانایی خود به اطلاع متعهدله برساند. این امر سبب می‌شود که وظیفه کاهش خسارت[5] برعهده متعهدله مستقر گردد و ادعای جهل و بی اطلاعی او از این

---

1. Self - induced Frustration.
2. Onus of proving - Burden of proof.
3. Robert Duxbury, Op. Cit, P. 86.
نظیر آنچه دادگاه در دعوای Maritime National Fish Ltd. V. Ocean trawlers Ltd. (۱۹۳۵) قرار گرفته است. ر.ک. (Smith & Thomas, Op. Cit, P.P. 538-9)
4. Ibid, P. 99.
(اگر خوانده بتواند اثبات کند که بخشی از خسارت یا تمام آن ناشی از قصور خواهان در کاهش خسارت بوده است قابل مطالبه نخواهد بود نظیر آنچه دادگاه در دعوای British Westinghouse Electric and Manufacturing co. V.Underground Electric Railway Co. of London (1912) اتخاذ رویه کرده است. ر.ک: Smith & Thomas, Op.Cit.P.P.615-6.
5. Duty to Mitigation.

مسئله هم مسموع نباشد. کما اینکه کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین نیز با تأثیر از حقوق کشورهای مورد بحث در بخش چهارم به تفصیل به این امر پرداخته است.[۱] خصوصاً که در کامن‌لا دکترین مسئولیت مطلق متروکه گردیده است، متعهد می‌تواند مسئولیت خود را با استناد به وقوع حوادث غیر مترقبه و یا تئوری غیر ممکن شدن قرارداد منتفی سازد.[۲] لیکن اثبات این امر بر عهده کسی است که مدعی بروز حوادث غیر مترقبه و خارج از اقتدار خود می‌باشد.

در حقوق ایران نیز ماده ۲۲۹ قانون مدنی بیان می‌دارد: «اگر متعهد به واسطه حادثه که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود بر آید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود.» اما در عین حال در خصوص اثبات دعوا در ماده ۲۲۷ قانون مزبور چنین آورده است: «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود». بدین ترتیب معلوم می‌گردد که بار اثبات در هر مورد بر عهده چه کسی است. نکته‌ای که درخور توجه است اینکه در ذیل ادعای دوم در واقع ادعای سومی مطرح گردید مبنی بر اینکه تخلف منتسب به متعهد است یا خیر؟ در این خصوص (مسئولیت قراردادی) فرض بر این است که تخلف منتسب به متعهد است و او به اعتبار نقض قرارداد باید مسئول شناخته شود، مگر اینکه انتساب تخلف و نقض عهد را از خود سلب و به دیگری یا خارج از اراده خود منتهی نماید. برخلاف مسئولیتهای قهری که چنین فرضی وجود ندارد.[۳]

۳ـ ادعای دیگری که علی‌القاعده باید در روند مطالبه خسارت پیش بینی شده مطرح گردد، ادعای ورود خسارت به تبع نقض عهد است. این ادعا که طبعاً از سوی متعهدله (مشروط‌له) قابل طرح می‌باشد متضمن دو ادعای مستقل است که یکی از آن دو باید از سوی مدعی اثبات شود. اول آنکه مدعی باید اصل ورود خسارت را اثبات نماید. دوم آنکه

---

۱. بندهای ۱ و ۴ ماده ۷۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین.

۲. نظیر آنچه در دعوای معروف (۱۸۶۳) Taylor V.Caldwell رخ داده است. ر.ک.
Smith & Thomas . Op .Cit . P. 511.

۳. ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات**، پیشین، ص ۴۱۷.

باید رابطه بین ورود خسارت حاصله با نقض عهد انجام شده از سوی متعهد نیز، جداگانه اثبات گردد. به طور مثال اگر مدعی ادعا می کند که متعهد حق احداث حمام در زمین خریداری شده را نداشته و چون از این شرط تخلف نموده، عمل او موجب آلوده شدن چاههای مجاور و مورد پیش بینی شده است، لذا این مدعی است که باید ورود خسارت در شرط مورد بحث را اثبات کند. برخلاف آنچه که اگر شرط پیش بینی شده شرط وجه التزام باشد. یعنی اگر طرفین مبلغی را به عنوان شرط وجه التزام در نظر گرفته باشند اثبات ورود خسارت پس از اثبات تخلف از اجرای تعهد بر عهده مدعی خسارت نیست، بلکه صرف وقوع تخلف، متعهد را نسبت به پرداخت وجه التزام ملزم می سازد. اما در صورتی که طرفین برای خسارت وارده در آینده مبلغی را تعیین کرده باشند و ورود خسارت از نظر آنها موضوعیت داشته باشد، بدیهی است که مدعی مطالبه خسارت و مبلغ پیش بینی شده در شرط، باید ورود خسارت را نیز اثبات کند.

اما در خصوص اینکه بین ورود خسارت حاصله و نقض عهد ارتباطی هست یا نه، مسئله متفاوت است. این ادعا که متعهد از اجرای قرارداد تخلف کرده و مثلاً در زمین خریداری شده احداث حمام نموده است با ارائه دلیل و ارجاع مسئله به کارشناس که اولاً حمامی بنا شده یا نه بسادگی قابل اثبات است. علاوه بر آن اثبات آلودگی آب چاههای مورد نظر نیز با ارجاع به کارشناسی بسادگی ممکن می باشد. اما ممکن است متعهد ادعا کند که، اگرچه طبق قرارداد از احداث حمام منع شده‌ام و برای جبران تخلف خود باید طبق شرط خسارت پیش بینی شده مبلغ معینی را بپردازم، لیکن آلودگی آب چاهها ناشی از امر دیگری بوده و خسارت وارده به دلیل وقوع تخلف از ناحیه من نیست. مثلاً چنین ادعا کند که آلودگی آب چاهها به دلیل صنعتی شدن منطقه بوده و یا اثبات کند که فاضلاب حمام خود را با کارگذاشتن لوله‌های مناسب تا مسافت بسیار دوری منتقل نموده که موجب آلودگی چاههای مجاور نمی‌شود. در نتیجه اثبات اینکه آلودگی و خسارت وارده ارتباطی با تخلف متعهد ندارد در جایی که شرط خسارت تعیین شده چهره وجه التزام نداشته باشد بر عهده متعهد است و او با اثبات عدم ارتباط بین خسارت وارده با نقض عهد، از مسئولیت جبران خسارت معاف می گردد.

۴ـ آخرین گام این پویه باید ادعای مربوط به توافق به عمل آمده بر سر چگونگی جبران خسارت باشد. در این فراز، هر دو طرف ممکن است در موضع مدعی یا خوانده بنشینند. اگر خسارت وارده واقعی کمتر از مبلغ تعیین شده در شرط باشد، دعوا ممکن است به دو صورت متمایز از هم مطرح شود. یا ممکن است متعهدله ادعا کند که اگرچه خسارت وارده کمتر از مبلغ پیش بینی شده است اما چون بر مبلغ معینی توافق کرده‌ایم لذا متعهد باید همان مبلغ تعیین شده را بپردازد. در نتیجه دادرس باید بررسی کند که آیا مبلغ تعیین شده جنبه وجه‌التزام داشته و برای صرف وقوع تخلف در نظر گرفته شده است، یا ورود خسارت موضوعیت داشته و اراده طرفین بر جبران خسارت وارده تعلق گرفته است؟ در صورت نخست پاسخ و حکم قاضی در دو نظام حقوقی ایران و کامن‌لا متفاوت بوده و پیش از این حکم مسئله در هر دو نظام بررسی شده است. اما چنانچه قصد طرفین جبران خسارت وارده باشد و مبلغ تعیین شده هم با این دیدگاه در نظر گرفته شده باشد، طبعاً باید با نگاه کارشناسی به ورود خسارت و میزان آن تنها به میزان خسارت وارده حکم کرد و مبلغ پیش بینی شده را تا میزان خسارت وارده تقلیل داد. در این صورت و با فرض اینکه قصد طرفین جبران خسارت وارده بوده است، اگر خسارت وارده کمتر از میزان پیش‌بینی شده باشد، متعهدله چون مدعی خسارت بیشتر است باید به عنوان مدعی ادعای خود را اثبات کند. در نتیجه با فرض اثبات، تا میزان مبلغ پیش بینی شده می تواند مطالبه خسارت نماید. اما چنانچه خسارت وارده بیش از میزانی باشد که طرفین پیش‌بینی کرده و برای جبران آن مبلغی را در نظر گرفته‌اند در صورت اثبات ورود خسارت، حداکثر تا سقف تعیین شده طبق توافق و بر مبنای مسئولیت قراردادی بر عهده متعهد است و جبران خسارت بیش از آن تابع قواعد مسئولیت مدنی (قهری) خواهدبود.

مبحث دوم ـ مرجع رسیدگی کننده به دعوای «شرط» تعیین قراردادی خسارت

چنانچه در گفتار پیشین گفته شد، طرفین شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از

اجرای تعهد، خواه همان طرفین قرارداد اصلی باشند خواه غیر آنها، ممکن است در موارد زیادی با یکدیگر اختلاف پیدا کنند. در اصل وجود شرط، در ماهیت آن، در نسبت میزان آن با خسارت واقعی و یا غیره ممکن است اختلافاتی بروز کند. طبعاً هیچ اختلافی نباید بازور و اعمال قوه قهریه و خشونت از سوی هر یك از طرفین برای استیفای حقوق خود خاتمه یابد. امروزه فراوانی مراجع حل و فصل و نظارت دولتها بر حفظ عدالت و احیای حقوق مردم، هر گونه رفتار شخصی و اعمال نیروی غیر قانونی و نامشروع را غیر موجه ساخته است.

بنابراین در صورت بروز اختلاف، مراجعه به مراجع قانونی رسیدگی کننده به اختلافات، ضروری و اجتناب ناپذیر است. اما در عین حال به دلیل وجود مراجع صلاحیت‌دار گوناگون، خصوصاً در سطح بین‌المللی، این زمینه فراهم آمده است که طرفین با طیب خاطر و رضایتمندی بیشتری در امر رسیدگی به اختلافات دخالت و نظارت داشته باشند و بر آنچه در فرآیند فصل خصومت در رسیدگی به دعاوی می گذرد نظارت داشته و در پاره‌ای موارد نیز بدون تحمیل قانونگذاران، مرجع رسیدگی را خود انتخاب و معین کنند. بر همین اساس امروزه در خصوص تعیین مرجع رسیدگی کننده دو شیوه شناخته شده است: الف - یا مرجع رسیدگی کننده توسط قانون و مقررات دولتی تعیین می‌شود. ب - یا اینکه مرجع رسیدگی کننده با اعمال حاکمیت اراده طرفین توسط خود آنها معلوم و معین می گردد.

در شیوه نخست عموماً مراجع رسیدگی کننده دادگاهها و محاکم دادگستری داخلی یا بین‌المللی هستند که مهم‌ترین محل نزاع در این مرحله بحث تعارض دادگاهها در داشتن صلاحیت رسیدگی است که بزودی مباحثی از آن را طرح خواهیم نمود.

در شیوه دوم طرفین از اختیار و آزادی عمل بیشتری برخوردارند. ضمن اینکه می توانند مرجع رسیدگی کننده را خود انتخاب کنند، در انتخاب مرجعی غیر از مرجع دادگستری و محاکم قضایی نظیر مراجع داوری نیز دارای اختیار و حق انتخاب می‌باشند.

حال با توجه به آنچه گفته شد، اقتضاء دارد در دو محور جداگانه به هر یك از دو مرجع متداول و شناخته شده که امروزه در سطح گسترده‌ای فعالیت دارند بپردازیم.

گفتار اول ـ دادگاهها و مراجع دادگستری

در فرآیند رسیدگی به دعوای شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد همانند سایر دعاوی مربوط به قراردادها، موضوع تعیین دادگاه صلاحیت‌دار از اهمیت بسزایی برخوردار است. در حالی که مسئله دادگاه صلاحیت‌دار، آنگاه که دعوا بین دو هم‌وطن مطرح بوده و صرفاً در صلاحیت دادگاههای داخلی است و به اعتبار هزینه‌های جانبی از اهمیت زیادی برای هر یك از طرفین برخوردار است، بدیهی است که هرگاه دعوا بین دو غیر هم‌وطن مطرح باشد با اهمیت مضاعفی روبرو خواهد شد. طبیعی است که برای هر کس اعم از اینکه خوانده دعوا باشد یا خواهان آن، چنانچه رسیدگی به دعوا در صلاحیت دادگاههای داخلی کشور خود باشد به دلایل زیادی به نفع اوست. به همین دلیل هر یك از طرفین به محض مطرح شدن دعوای شرط تعیین قراردادی خسارت حداکثر تلاش خود را به کار خواهد برد تا دادگاه صلاحیت‌دار را مطابق با منافع خود انتخاب کند. لیکن آنچه در بحث تعیین دادگاه صلاحیت‌دار مشکل اساسی به‌شمار می‌رود و دغدغه اصلی حقوقدانان و قضات می‌باشد تعیین صلاحیت عام دادگاههاست. صلاحیت عام در برابر صلاحیت خاص مصطلح است و منظور از صلاحیت عام، صلاحیت دادگاههای یك کشور در برابر دادگاههای کشور دیگر است که بدان صلاحیت بین‌المللی هم گفته‌اند. به عبارت دیگر در بحث تعیین صلاحیت عام این امر مهم است که معلوم شود از میان دادگاههای کشورهای درگیر در دعوا و کشورهایی که به نحوی از انحاء ارتباطی با دعوا دارند، دادگاه کدام کشور برای رسیدگی صالح است. بعد از طی این مرحله نوبت به حل مشکل دیگری می‌رسد که باید معلوم شود که از میان دادگاههای کشور مزبور کدام دادگاه داخلی صلاحیت رسیدگی دارد. این صلاحیت را هم صلاحیت خاص یا داخلی می‌نامند.[1] در بحث صلاحیت خاص یا داخلی بررسی و تعیین صلاحیت ذاتی[2] یا

---

۱. سید حسین صفایی، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴، ص ۱۸۱.

۲. صلاحیت ذاتی مربوط به نوع یا درجه دادگاهی است که به دعوا رسیدگی می‌کند.

صلاحیت نسبی[1] اگرچه در حقوق داخلی و در جای خود از اهمیت علمی و عملی فراوانی برخوردار است اما نظر به رعایت اختصار از پرداختن به آنها صرف نظر می کنیم.

در عین حال لازم به نظر می‌رسد اشاره‌ای مختصر به تشکیلات و ساختار قضایی داخلی کشورهای ایران، انگلیس و آمریکا نیز داشته باشیم تا احیاناً در این خصوص خلأیی باقی نماند.

بند اول- ساختار و تشکیلات قضایی ایران

پس از تصویب قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب در سال ۱۳۷۳ توسط مجلس شورای اسلامی ایران هم اینك مراجع رسیدگی به دعاوی و تظلمات عبارتند از: الف- دادگاههای عمومی و انقلاب که حسب ماده ۳ قانون فوق‌الذکر دادگاههای عمومی به تمامی امور مدنی و جزایی و امور حسبیه رسیدگی می کنند و دادگاههای انقلاب نیز طبق ماده ۵ همان قانون به جرایمی از قبیل جرایم علیه امنیت ملی و خارجی، محاربه، افساد فی الارض، توطئه علیه جمهوری اسلامی ایران یا اقدام مسلحانه و ترور و تخریب مؤسسات به منظور مقابله با نظام، جاسوسی به نفع اجانب، کلیه جرایم مربوط به قاچاق و مواد مخدر و غیره رسیدگی می‌نمایند. ب- سازمان قضایی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران که نهایتاً با تصویب قانون دادرسی آن در سال ۱۳۶۴ مرکب از دادگاههای نظامی یك و دو گردید و مرجع رسیدگی به دعاوی مربوط به نظامیان و کارکنان وزارت اطلاعات می‌باشد. ج- مراجع انتظامی قضات از قبیل دادسرای انتظامی قضات، دادگاه عالی انتظامی قضات و دادگاه عالی تجدید نظر انتظامی قضات به منظور رسیدگی به تخلفات و جرایم قضات تعیین شده‌اند. د- دیوان عدالت اداری که مسئول رسیدگی به شکایات مردم از تصمیم‌های ناصحیح مأموران دولتی، واحدهای دولتی و یا آئین نامه‌هایی است که توسط دولت یا واحدهای تابعه آن صادر می‌شود. هـ- دیوان عالی کشور که در رأس تمامی مراجع

---

۱. صلاحیت نسبی هم مربوط به صلاحیت محلی دادگاه است که در مقایسه با دادگاههای محل دیگر دارای صلاحیت تلقی می گردد و از نظر حوزه‌های قضایی مورد توجه قرار می گیرد.

قضایی اعم از عمومی و اختصاصی دادگستری یا غیر دادگستری قرار دارد. دیوان مزبور علاوه بر آنکه در پاره‌ای موارد مسئولیت تجدید نظر در آرای صادره از سوی محاکم پائین تر را دارد، مهم‌ترین وظایف آن به موجب اصل ۱۶۱ قانون اساسی عبارتند از ۱ ـ نظارت بر اجرای صحیح قوانین ۲ ـ ایجاد وحدت رویه قضایی ۳ـ انجام مسئولیتهایی که طبق قانون به آن محول می‌شود که طبعاً مسئولیت تجدیدنظر در آرای محاکم پائین‌تر نیز از جمله این مسئولیت‌هاست.

بند دوم ـ ساختار و تشکیلات قضایی انگلیس

در حال حاضر ساختار قضایی کشور انگلیس پس از بارها تجدید بنا و اصلاح و بازنگری دارای ارکان و مراجع مختلفی است که مهم‌ترین آن به قرار ذیل می‌باشد:

۱ ـ مجلس اعیان[1] که در رأس نظام قضایی این کشور قرار دارد و مسئولیت نهایی پژوهش در امور مدنی و جزایی با آن مجلس است. این مجلس به منزله دادگاه عالی است مرکب از مهردار سلطنتی[2]، لردهای رسیدگی کننده پژوهشی مجلس اعیان و جمعی از قضات عالیرتبه. پژوهش مدنی آن در آرای پژوهشی مدنی مربوط به دیوان عالی اسکاتلند، ایرلند شمالی و شعبه مدنی انگلستان اعمال می‌شود و پژوهش کیفری آن مربوط به تصمیم‌های دادگاه پژوهش کیفری و دادگاه جنبی مستقل شعبه مسند ملکه می‌باشد.

۲ ـ کمیته قضایی شورای سلطنتی[3]، مرکب از تمام مشاوران سلطنتی، مهردار سلطنتی، مهرداران سابق سلطنتی و قضات کامن ولز که مسئول رسیدگی به پژوهشهای واصله از کشورهای کامن ولز و همچنین پژوهش در آرای محاکم مربوط به غنایم، محاکم روحانیون (کلیسایی)[4]، محاکم جزیره و جزایر کانال مانش و نیز دیوانهای امور پزشکی، دندانپزشکی و امور عینک‌سازی می‌باشد.

---

1. The House of Lords.
2. Lord Chancellor.
3. Judicial Committee of the Privy Council.
4. Ecclesiastical Courts.

۳ـ دادگاه پژوهش (شعبه مدنی)[1] که مسئول پژوهش در احکام دادگاه عالی، دادگاه ایالتی، دادگاه رویه‌های محدود کننده، دیوان پژوهش در امور استخدامی و بقیه دیوانها می‌باشد.

۴ـ دادگاه پژوهش (شعبه کیفری)[2] مسئول پژوهش در احکام صادره از محاکم جزایی است که در راستای پائین تر از این دادگاهها نیز محاکم مژیستریت[3] وجود دارند که مسئولیت رسیدگی و تحقیقات مقدماتی بر عهده این دسته از دادگاهها می‌باشد.

۵ـ دادگاه عالی عدالت[4] مرکب از شعبه مسند ملکه[5]، شعبه مهردار سلطنتی و شعبه خانواده است که هر یك دارای وظایف خاصی هستند. شعبه مهردار سلطنتی دارای صلاحتیهای فراوانی است از جمله اینکه رسیدگی به اجرای عین قراردادها را نیز برعهده دارد.

۶ـ دادگاههای نظامی و دادگاههای پژوهشی مربوط به آنها، دیوان عدالت جوامع اروپایی[6]، دیوانهای اداری[7] و غیره از جمله مراجع قضایی هستند که در تشکیلات قضایی کنونی انگلیس مشغول فعالیت هستند.[8]

بند سوم- ساختار و تشکیلات قضایی آمریکا

قوه قضائیه در آمریکا بر اساس اصل سوم قانون اساسی آن، متشکل از دیوان عالی و دیوانهای مادون آن است که کنگره بر اساس لزوم و نیاز، فرمان تأسیس آنها را صادر می‌نماید. اصل مزبور طی بندهای سه‌گانه آن صرفاً به کلیاتی از سیستم قضایی و حدود اختیارات آن اشاره می‌کند، اما آنچه هم اینك در عمل اتفاق افتاده است و به‌عنوان حقوق

1. Court of Appeal (Civil Division).
2. Court of Appeal (Criminal Division).
3. Magistrates Court.
4. The High Court of Justice.
5. Queen's Bench Division.
6. Court of Justice of The European Communities.
7. Administrative Tribunals.
۸. برای مطالعه بیشتر ر. ك. David Barker & Colin Padfield، پیشین، صص ۸۰ـ۴۷.

اساسی آمریکا در بخش قضایی محسوب می‌شود بسیار متفاوت با آن چیزی است که در قانون اساسی آمده است.

در حال حاضر در آمریکا سه نوع دادگاه وجود دارد: الف - دادگاههای در سطح دولت ایالات متحده (دادگاههای فدرال)، ب - دادگاههای در سطح ایالت (دادگاههای ایالتی)، ج - دادگاههای محلی.

در صدر قوه قضائیه حکومت فدرال آمریکا دیوان عالی کشور ایالات متحده[1] قرار دارد که عالیترین مرجع قضایی بوده و مرحله فرجام خواهی نیز بر عهده مرجع مذکور می‌باشد. در سر تاسر آمریکا یك سازمان قضایی دولت فدرال و پنجاه سازمان قضایی ایالتی مشغول فعالیت هستند که این سازمانهای ایالتی نیز مشتمل بر تعداد بیشماری از دادگاههای ناحیه‌ای، محلی و شهری می‌باشند.

سازمان قضایی هر یك از ایالات مرکب از دو نوع دادگاه بدوی[2] و پژوهشی[3] است. دادگاههای پژوهشی مسئول بررسی مجدد از تصمیمات دادگاههای بدوی هستند و امر پژوهشی در برخی از ایالات یك مرحله‌ای و در برخی نیز دو مرحله‌ای است.

پژوهش نهایی نیز در هر ایالت با دیوان عالی همان ایالت است که عالیترین دادگاه همان ایالت نیز محسوب می‌شود. سازمان قضایی فدرال نیز مشتمل بر دو دسته دادگاه است. دسته اول موسوم به دادگاههای بدوی که این دادگاهها شامل دادگاههای منطقه‌ای (دیستریکت) و دادگاههای خاصی است نظیر دادگاههای امور مالیاتی دادگاههای امور گمرکی (u.s.custom courts) و دادگاههای رسیدگی کننده به دعاوی علیه ایالات متحده آمریکا (u.s.claims courts) دسته دوم نیز عبارتند از دادگاه پژوهش میانی با مسئولیت تجدید نظر در دعاوی دادگاههای بدوی فدرال و دادگاه پژوهش نهایی موسوم به دیوان عالی کشور آمریکا.[4]

---

1. United states Supreme court.
2. Trial Courts.
3. Appeal Courts.
۴. برای مطالعه بیشتر ر.ك. به مقاله ویلیام پی استاتسکی - آر. جان ورنت William P. statesky - R. John, Wernet ترجمه دکتر اکبر شیرازی، تحت عنوان آشنایی مختصر با سیستم قضایی آمریکا، مجله کانون وکلاء شماره ۵ سال ۱۳۷۰.

گفتار دوم - بررسی صلاحیت بین‌المللی محاکم قضایی کشورهای مورد بحث

حال که با سیستم و ساختار قوه قضائیه و مراجع رسیدگی کننده به دعاوی حقوقی و کیفری در کشورهای مورد بحث تا حدودی آشنا شدیم، باید بگوئیم که طرح دعوا وقتی واجد جنبه بین‌المللی نباشد و صرفاً در صلاحیت محاکم داخلی باشد چندان مشکلی به‌وجود نخواهد آورد. علی القاعده هر مدعی یا شاکی که دعوایی را طرح می کند در صورت عدم صلاحیت دادگاهی که بدان مراجعه می‌شود با صدور قرار عدم صلاحیت و با هدایت مدعی نهایتاً دعوای او در مرجع صلاحیت داری مورد رسیدگی قرار می گیرد و پس از صدور حکم، اجرای حکم صادره از محاکم داخلی که با رعایت قوانین ماهوی، اخلاق حسنه و نظم عمومی صادره شده باشد با مانع خاصی برخورد نخواهد کرد. اما مشکل جدی آنگاه جلوه‌گر می‌شود که کسی حکمی را از دادگاه خارجی به دست آورده باشد ولی اجرای آن را از دادگاه داخلی تقاضا کند. در اینجاست که مسئله صلاحیت دادگاه خارجی مطرح شده و این امر به حدی مؤثر است که ممکن است به‌رغم صدور حکم وفق مقررات قانون مقر خود اما از نظر قاضی و محکمه اجرا کننده، حکم مزبور اعتباری نداشته باشد. چرا که دادگاه اجرا کننده حکم است که باید درباره اعتبار و ارزش حکم صادره با عنایت به صلاحیت بین‌المللی آن تصمیم اتخاذ کند. این امر به دلیل آن است که امروزه تمامی کشورها قواعدی درباره صلاحیت بین‌المللی دادگاهها خصوصاً برای حالتی که با کشور خودشان درگیر و مرتبط می‌شوند وضع کرده‌اند که مبنای صلاحیت دادگاههای خارجی محسوب می‌شود. بنابراین با توجه به آنچه در ابتدای همین بند و مسئله اجرای احکام خارجی گفته شد، مسئله تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاهها از اهمیت بسزایی برخوردار است.

بنابراین بحث تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه و به بیان دیگر موضوع تعیین دادگاه صلاحیت دار، در خصوص رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادها خصوصاً شروط قرارداد، حایز اهمیت بوده و لازم است در این باره قوانین و مقررات کشورهای یاد شده را مورد مطالعه قرار دهیم.

قاعده‌ای که هم اینك در قریب به اتفاق کشورهای دنیا پذیرفته شده این است که،

صلاحیت محاکم داخلی کشورها برای ترافع قضایی و فصل خصومت تمایزی بین اتباع خود و بیگانه قائل نمی‌شوند.[۱] به عبارت دیگر متداعیین بیگانه همانند اتباع کشورها می‌توانند در دادگاههای هر کشوری طرح دعوا کنند و داشتن تابعیت کشور محل مراجعه شرط لازم به شمار نمی‌رود.[۲] با توجه به اطلاق و عموم صدر اصل سی و چهارم قانون اساسی ایران از یك سو كه حق دادخواهی و مراجعه به دادگاههای صالحه را برای هر فردی به رسمیت شناخته و ماده ۵ قانون مدنی ایران که کلیه سکنه اعم از اتباع داخله و خارجه را مطیع قوانین ایران دانسته است، چنین استنباط می‌شود که در مسئله ترافع قضایی و صلاحیت محاکم تفاوتی بین ایرانیان و بیگانگان وجود نداشته باشد. اما در عین حال کشورهای دنیا بویژه کشورهای متمدن و صاحب نظام حقوقی پیشرفته در خصوص پاره‌ای از موضوعات و دسته‌های حقوقی دارای قواعدی هستند که در تمام موارد با یکدیگر یکسان نیستند. به همین دلیل نیز بحث تعارض از مسائل و مباحث پیچیده‌ای برخوردار شده است. در خصوص احوال شخصیه، ترکه متوفی، اموال منقول و غیر منقول و غیره در این کشورها، قواعد مربوط به صلاحیت دادگاهها از اختلافاتی برخوردار می‌باشد.

یکی از ضوابط شناخته شده برای تعیین صلاحیت دادگاه، ضابطه اقامتگاه خوانده است. در همین راستا معمولاً ضابطه محل سکونت خوانده در کنار اقامتگاه و بعضاً در طول آن نیز مورد نظر می‌باشد.[۳]

همچنین محل وقوع مال غیر منقول، اقامتگاه خواهان، محل وقوع عقد قرارداد یا محل اجرای قرارداد، از جمله ضوابطی هستند که برای تعیین صلاحیت دادگاه مورد توجه قانونگذاران واقع شده است.[۴] نکته بسیار مهمی که در اینجا قابل ذکر است اینکه، در خصوص عقود و قراردادها علاوه بر محل اقامت خوانده، دادگاه محل انعقاد عقد یا اجرای عقد نیز دارای صلاحیت بوده و به موجب رأی شماره ۹ مورخ ۵۹/۳/۲۶ صادره از سوی

---

۱. سید حسین صفایی، پیشین، ص ۱۹۲.

2. Chershire, Private International Law Op. Cit., P.P.648-9.

۳. در قوانین ایران طبق ماده ۲۱ ق. آ. د. م. هرگاه مدعی علیه(خوانده) در ایران اقامتگاه ندارد در صورتی که در ایران محل سکونت موقتی داشته باشد دعوا باید در همان دادگاه محل سکونت موقتی مورد رسیدگی قرار گیرد.

۴. تفصیل قانونی این ضوابط در مواد ۲۱، ۲۲، ۲۳ ق. آ. د. م. ایران قابل مطالعه هستند.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور، حکم مندرج در ماده ۲۲ ق. آ. د. م. راجع به مراجعه خواهان به دادگاه محل وقوع عقد یا محل انجام تعهد، قاعده عمومی صلاحیت نسبی دادگاه محل اقامت خوانده مندرج در ماده ۲۱ قانون مزبور را نفی نمی کند. بلکه به منظور تسهیل در رسیدگی به دعاوی بازرگانی و قراردادها انتخاب هر یك از دادگاههای سه گانه فوق الذکر را برای خواهان به نحو اختیاری در نظر گرفته است.

در حقوق انگلیس صلاحیت بین المللی دادگاهها دارای ضوابط خاصی است. به‌موجب قوانین این کشور داشتن اقامتگاه و سکونت در انگلستان شرط لازم محسوب نشده است. آنچه در این کشور معیار و ضابطه اصلی محسوب می‌شود اقتدار و امکان اعمال قدرت حاکمیت و دادگاه بر شخص خوانده دعوا می‌باشد. دادگاه زمانی خود را واجد صلاحیت می‌داند که بتواند خوانده را تحت سیطره قضایی انگلیس بیابد. بر همین اساس کافی است که شخص خوانده در زمان برگ احضار (برگ اخطاریه) در سرزمین انگلستان یا ولز[۱] حضور داشته باشد. کوتاه بودن مدت حضور نیز مانع رسیدگی نیست و حتی چنانچه پس از ابلاغ احضار، خوانده از کشور انگلستان خارج هم بشود دادگاههای انگلیس برای رسیدگی صلاحیت خود را از دست نمی‌دهند. از طرف دیگر آن قدر این ضابطه اهمیت داشته و اساسی شناخته شده است که هرگاه خوانده هنگام ابلاغ احضاریه در این کشور حضور نداشته باشد به‌رغم اینکه قرارداد منشأ نزاع، در همان کشور هم منعقد شده باشد و یا مورد نقض قرار گرفته باشد، بازهم دلیلی برای دارا بودن صلاحیت دادگاه جهت رسیدگی به آن نیست.

این نقیصه سبب می‌شود که اگر کسی شرطی را نقض کند و مرتکب رفتاری خلاف تعهدات قراردادی خود شود، چنانچه به محض اطلاع از تصمیم اقدام قضایی طرف مقابل از کشور انگلیس خارج شود، مراجع قضایی انگلیس قدرت لازم برای احقاق حق خواهان را نخواهند داشت. هرچند که علاوه بر محل وقوع تخلف و نقض عهد، محل وقوع عقد و قرارداد نیز همان کشور باشد.

---

۱. Wales ناحیه‌ای در غرب انگلستان می‌باشد.

داشتن اقامتگاه یا محل سکونت عادی در انگلستان و همچنین وقوع مال غیر منقول در آن کشور بدون حضور خوانده در آنجا الزامی برای دادگاه جهت رسیدگی ایجاد نخواهد کرد. تنها به موجب قانون آئین دادرسی کامن لا مصوب ۱۸۵۲ [1] به قاضی اختیار داده شده است که اگر خوانده غایب باشد می تواند برای خود صلاحیت فرضی در نظر گرفته و به دعوای علیه غایب رسیدگی کند.

البته ناگفته نماند که دادگاه عالی انگلیس به موجب آئین نامه اختصاصی خود دارای اختیارات ویژه‌ای می باشد که موجب ورود استثنائاتی در اصل «لزوم حضور خوانده در قلمرو جغرافیایی انگلیس» گردیده است. هرچند که این آئین نامه نیز جنبه الزام آور نداشته و قاضی با توجه به اوضاع و احوال خاص دعوا می تواند صلاحیت خود را تثبیت کند. این استثنائات در آئین‌نامه مذکور عبارتند از:

۱ـ هرگاه اقامتگاه یا محل سکونت عادی خوانده در انگلستان باشد.

۲ـ هرگاه موضوع دعوا مال غیر منقولی باشد که در انگلستان واقع است.

۳ـ هرگاه دعوا ناشی از قراردادی باشد که در انگلستان منعقد شده یا ناشی از یك تقصیر قراردادی یا یك جرم واقع در انگلستان باشد.

۴ـ اگر ماهیت مسئله تابع قانون انگلیس باشد.

۵ـ اگر خوانده متعدد بوده و به یکی از آنها برگ احضار در سرزمین انگلستان ابلاغ شده باشد.

در خصوص اشخاص حقوقی بیگانه نیز داشتن فعالیت در کشور انگلیس و امکان ابلاغ احضاریه به نماینده آنها در همان سرزمین برای داشتن صلاحیت قضایی دادگاههای انگلیس الزامی است.

در حقوق آمریکا مسئله صلاحیت بین‌المللی بویژه در حقوق خصوصی از پیچیدگی خاصی برخوردار است. علت پدید آمدن این پیچیدگی وجود دو دسته دادگاه در سطح فدرال و ایالتهاست. صلاحیت دادگاههای فدرال که به موجب قوانین فدرالی تعیین

1. Common, Law Pracedure Act 1852.

می‌شوند با صلاحیت دادگاههای ایالتی که بر اساس قوانین خاص هر ایالت مشخص شده‌اند متفاوت است. بر همین اساس بحث در مسئله صلاحیت دادگاههای آمریکا واجد دو جنبه مهم است. از یك سو جنبه صلاحیت بین‌المللی دادگاهها مورد توجه است و از سوی دیگر باید صلاحیت دادگاهها از نظر بین ایالتی مورد لحاظ قرار گیرند.

مهم‌ترین ضابطه‌ای که به عنوان یك اصل در این نظام حقوقی در خصوص مسئله صلاحیت قابل شناسایی است همانند آنچه در حقوق انگلیس هم شناخته شده است، اصل «امکان ابلاغ واقعی[1] برگ احضار به شخص خوانده یا مدعی‌علیه است.» یعنی چنانچه این امکان وجود داشته باشد که برگ احضار را بتوان در سرزمین مقر دادگاههای رسیدگی کننده در آمریکا به شخص خوانده ابلاغ واقعی کرد، دادگاههای مزبور صلاحیت رسیدگی خواهند داشت.

اما در عین حال به دلیل وجود مشکلاتی که رعایت انحصاری این اصل در پی داشته است، قانونگذار آمریکایی نیز درصدد برآمده است همانند حقوق انگلیس، استثنائاتی را برای خروج از پاره‌ای بن بستها بر اصل مزبور تحمیل کند. تا جایی که هم اینك اصل پیش گفته، دیگر یك ضابطه انحصاری به شمار نمی‌رود. امروزه ابلاغ قانونی[2] که به شیوه‌های مختلفی ممکن است محقق شود و از سهولت بیشتری نیز برخوردار می‌باشد رفته‌رفته جای ابلاغ واقعی را بکلی تنگ‌تر و تنگ‌تر می‌نماید. ابلاغ قانونی معمولاً به شکلهای مختلفی صورت می‌گیرد. چنانچه خوانده در کشور مقر دادگاه خانه و زندگی داشته باشد به گونه‌ای که بتوان احضاریه را از طریق آگهی به اطلاع او رساند یا به آخرین آدرس او پست کرد و یا به در خانه او چسباند و یا تحویل بستگان و خویشان خوانده داد این شیوه را می‌توان ابلاغ قانونی داخلی[3] نامید.

اما در صورتی که شخص خوانده در خارج از کشور مقر دادگاه زندگی می‌کند و در این کشور نیز خانه و زندگی ندارد، دادگاه می‌تواند با انتشار از طریق آگهی در جراید یا تسلیم

---

1. Actual or Formal notice ابلاغ واقعی یا ابلاغ رسمی
2. Constructive service (notice) ابلاغ قانونی یا ابلاغ اعتباری
3. Substituted Service.

برگ احضار به نماینده قانونی یا قراردادی خوانده اقدام به ابلاغ قانونی نماید که می‌توان این نوع ابلاغ را ابلاغ قانونی خارجی[1] نامید. این قبیل ابلاغها اگرچه در آمریکا در حال گسترش روز افزون است اما تنها در دعاوی خاصی که متضمن روابط معینی با کشور مقر دادگاه باشند پذیرفته می‌شوند.

در هر حال به طور کلی دادگاههای آمریکایی در موارد ذیل خود را برای رسیدگی به دعوایی که علیه خوانده مقیم خارج از آمریکا اقامه شده باشد صالح می‌دانند:

۱ـ داشتن تابعیت آمریکایی (هرچند ساکن در کشور دیگری باشد) یا داشتن سکونت عادی خوانده در کشور آمریکا، موجد صلاحیت رسیدگی برای دادگاههای آمریکایی خواهد بود.

۲ـ داشتن بنگاه اقتصادی در آمریکا هرچند که با نمایندگان خوانده اداره شوند، دادگاههای آمریکایی می‌توانند برگ احضار را به خوانده یا نمایندگان او ابلاغ کنند.

۳ـ چنانچه منشأ دعوا کشور مقر دادگاه باشد، مثلاً دعاوی ناشی از قراردادهایی که محل انعقاد آنها آمریکاست، یا خسارتهای ناشی از حوادث اتومبیل که محل حادثه کشور آمریکا می‌باشد ملاکی است برای دارا بودن صلاحیت قضایی دادگاههای آمریکایی.

۴ـ در خصوص دعاوی مربوط به توقیف اموال و واقع بودن مال منقول یا غیر منقول در کشور آمریکا مبنای صلاحیت دادگاههای آمریکایی می‌باشد.

در عین حال به منظور رعایت عدالت و انصاف، هرگاه خوانده با زور یا نیرنگ به کشور آمریکا کشانده شده باشد، دادگاه از رسیدگی به دعوا علیه چنین خوانده‌ای خودداری خواهد کرد. همچنین، در صورتی که دفاع خوانده در دادگاههای آمریکایی برای او مشکل و زیان بخش باشد و از طرف دیگر، خواهان نیز بتواند در دادگاه دیگری حق خود را مطالبه کند و عدالت هم تضمین شود، دادگاههای آمریکایی از خود سلب صلاحیت می‌کنند.

---

1. Black's Law Dictionary, Op.Cit . "Constructive service of process".

گفتار سوم ـ مرجع داوری

شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد همانند سایر قراردادها ممکن است خودش رأساً منشأ اختلاف و نزاع گردد. طبعاً یکی از مراجع رسیدگی به دعاوی ناشی از این قبیل شروط، علاوه بر محاکم قضایی داخلی کشورها، می‌تواند مراجع داوری داخلی و یا بین‌المللی باشد. حل و فصل دعاوی با مراجعه به داوری یا داوران نه تنها از سابقه‌ای بسیار طولانی برخوردار است، چه بسا بتوان گفت از این حیث نسبت به دادگاهها از سابقه بیشتری نیز برخوردار هستند. خصوصاً از جنگ جهانی دوم به بعد، به‌دلیل گسترش مبادلات تجاری بین‌المللی، مقوله داوری تجاری بین‌المللی از اهمیت بسیار بالا و از حیث کمیت و گستره حضور در دعاوی بین‌المللی نیز رشد فراوانی نموده است.

اگرچه داوری و رسیدگی به موجب مقررات داوری هنوز هم در پاره‌ای موارد از کاستی‌ها و ضعف‌هایی رنج می‌برد و به طور مثال رأی داور همیشه از سوی محکومین براحتی تمکین نمی‌شود، اما به دلیل مزایای فراوانی که دارد هر روز بیش از گذشته مورد توجه قرار گرفته و رفته رفته از سوی سازمانها و نهادهای منطقه‌ای و بین‌المللی نهادینه‌تر شده و آئینهای رسیدگی سودمند و کارآمدی تدوین و به مورد اجرا گذاشته می‌شود. مهم‌ترین مزایایی که برای رسیدگی از طریق داوری می‌توان برشمرد عبارتند از:

۱ ـ نظر به اینکه بسیاری از دعاوی خصوصاً دعاوی تجاری بین‌المللی از جنبه‌های مختلف تخصصی و فنی برخوردار هستند، که طبعاً حل و فصل آنها نیز مستلزم استفاده از اطلاعات تخصصی و عرفهای تجاری و درك صحیح اوضاع و احوال می‌باشد، لذا در اغلب این قبیل دعاوی رجوع به داوری اجتناب ناپذیر است.

۲ ـ نظر به اینکه ارائه بسیاری از اسناد و مدارك مربوط به دعاوی تجاری بین‌المللی قابل ارائه در محاکم قضایی نیستند، لذا طرفین می‌توانند با آرامش خاطر بیشتر و آزادی عمل گسترده‌تری به داوران مراجعه و نزاع فیمابین خود را حل و فصل

کنند، بدون اینکه الزامی برای علنی کردن موضوع دعوا و یا آثار و تبعات آن داشته باشند.[۱]

۳ـ از آنجا که مراجعه به محاکم قضایی مستلزم رعایت تشریفات قضایی طولانی و در نتیجه تحمل تأخیر در رسیدگی را لازم می گردد این امر با طبیعت دعاوی تجاری خصوصاً بین‌المللی سازگاری ندارد، لذا مراجعه به داوری این نقیصه جدی را مرتفع خواهد ساخت.

۴ـ کاهش هزینه‌های مربوط به دادرسی که بالنسبه در صورت ارجاع به داوری کاملاً با شکل مراجعه به محاکم قضایی متفاوت است و اغلب از هزینه بسیار کمتری برخوردار می‌شود مزیت دیگری است که ارجاع به داوری را ارجح می نماید.

۵ـ ارجاع به داوری، اصحاب دعوا را از مشکلات و دغدغه‌های مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی بویژه در خصوص تشخیص دادگاه صلاحیت‌دار، انتخاب قانون حاکم و نیز درک و استناد به تأسیسات ناآشنای حقوق خارجی آسوده می‌سازد.[۲]

بنابر آن‌چه گفته شد و با توجه به نقش مهمی که داوری در توسعه روابط تجاری و بین‌المللی خصوصی دارد، سازمانها و مؤسسات داوری سودمند و با اهمیتی در دنیا تأسیس شده که با گرایش به داوری نهادی[۳] از گرایش به داوریهای موردی[۴] نیز کاسته می‌شود.[۵] برای روشن‌تر شدن مسئله و در حال حاضر داوریهای موضوع قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس مبتنی بر داوری سازمانی است ولی داوریهای موضوع قواعد داوری آنسیترال مبتنی بر داوری موردی است. به تناسب جایگاه و طرح بحث در اینجا به طور اختصار به پاره‌ای نکات مهم داوری و مؤسسات داوری مهم دنیا بویژه کشورهای مورد بحث اشاره می کنیم.

---

۱. بند ۲ ماده ۲۳ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌الملل اجازه تسلیم نسخه‌ای از حکم را به هیچ کس جز طرفین نمی‌دهد.
۲. مرتضی نصیری، حقوق چند ملیتی، چاپ اول، تهران، نشر دانش امروز، سال ۱۳۷۰، ص ۴۰۸.
3. Institutional Arbitration.
4. Ad hoc Arbitration.
۵. در حال حاضر داوری‌های موضوع قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس مبتنی بر داوری سازمانی است ولی داوری‌های موضوع قواعد داوری آنسیترال مبتنی بر داوری موردی است.

بند اول- داوری در حقوق آمریکا و انگلیس

اگرچه آمریکا تا سال ۱۹۷۰ عضو هیچ عهدنامه بین‌المللی داوری نبوده است، اما در همین کشور مؤسسه‌ای غیر انتفاعی و خصوصی موسوم به «انجمن آمریکایی داوری»[1] در سال ۱۹۲۶ تأسیس شد و با افتتاح دفتر مرکزی آن در نیویورك آغاز به کار نمود.

لندن (پایتخت انگلیس) نیز در خصوص دعاوی دریایی، بیمه و قراردادهای تجاری، امروزه دارای مهم‌ترین مراکز داوری بین‌المللی می‌باشد. «دادگاه داوری بین‌المللی لندن»[2] با داشتن قواعد خاص داوری که چندین بار نیز اصلاح شده است (آخرین بار در سال ۱۹۸۱)، تحت نظارت مشترك شهرداری، اتاق بازرگانی و مؤسسه داوران قسم خورده لندن اداره می‌شود.[3] انگلیسی‌ها برای اینکه بتوانند اعتبار و جایگاه مراکز داوری خود را ارتقاء دهند و در رقابت با سایر کشورها وجهه بیشتری کسب نمایند احکامی وضع نموده‌اند که در این خصوص از اهمیت بسیار مهمی برخوردار می‌باشند. در انگلستان به رغم اینکه دارای نظام حقوق عرفی است، به منظور نیل به هدف فوق الذکر، قاعده حجیت رویه قضایی (لازم الاتباع بودن رویه محاکم در دعاوی مشابه) را در داوریهای بین‌المللی حذف نمودند.[4] همچنین با توجه به اینکه در اغلب کشورهای اروپایی نظیر فرانسه و سوئد علاوه بر لزوم تنظیم موافقت‌نامه داوری جهت خارج کردن دعوا از صلاحیت محاکم، تنظیم پیمان داوری[5]

---

1. AAA - American Arbitration Association.

2. The London Court of International Arbitration.

3. Steyn, “England”. in 8 Yearbook commercial Arbitration.P.3 (1983).

۴. با توجه به خصوصیت مهم حقوق عرفی که در آن نتیجه آرای صادره در ایجاد رویه قضایی نقش بنیادی داشته و از منابع اصلی حقوق به شمار می‌رود حذف قاعده مزبور چندان خوشایند به نظر نمی‌رسد. چرا که نظر داور نمی‌تواند در دعاوی دیگر مورد استناد قرار گیرد. خصوصاً در صورتی که دعوا و حکم صادره غیر علنی باشد. از سوی دیگر چون در کلیه داوری‌ها هر دعوایی با ماهیتی خاص و با کمترین تشریفات اختصاصی برگزار می‌شود، لذا نتیجه داوری‌ها با آنچه از محاکم قضایی تحت پوشش حقوق عرفی (کامن‌لا) حاصل می‌گردد از حیث کاربردی بسیار متفاوت است.

۵. پیمان داوری، قرارنامه‌ای است که طرفین تنظیم می‌نمایند و این قرارنامه متضمن تعریف نکات و موارد اختلافی، تعیین محل داوری و مقررات دادرسی یا آئین داوری است. ر.ك. مقاله هنری دو وریز Henry P.de Vries داوری تجاری بین‌المللی ترجمه دکتر محسن محبی، مجله حقوقی، دفتر خدمات، حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا. ش ۲۱، سال ۱۳۷۶، ص ۵۱.

نیز لازم شمرده شده است. طبق مقررات انگلستان صرف توافق طرفین بر استثناء کردن صلاحیت محاکم کافی و تأمین کننده مقصود خواهد بود.

نکته‌ای که ذکر آن در اینجا ضروری است اینکه، مراجع داوری در تمام دنیا از شکل و مقررات کاملاً مشابهی برخوردار نیستند. لذا متداعیین می‌بایست هنگام تنظیم پیمان داوری و یا شروط داوری در متن قراردادها دقت و هشیاری بیشتری معمول دارند. به‌عنوان مثال قواعد مربوط به داوری داخلی با داوری بین‌المللی اگرچه در پاره‌ای موارد با هم مشابهند اما از جهات گوناگونی با یکدیگر متمایزند. به دلیل وجود جنبه‌های فراملی در داوریهای بین‌المللی، مسائل صلاحیتی از اهیمت ویژه‌ای برخوردارند. به همین جهت برای رفع هر گونه ابهام و بلاتکلیفی درج شرط داوری خصوصاً در مسائل صلاحیتی دارای ضرورت مضاعفی است.

یکی از تفاوتهای بسیار مهم و قابل توجه در مقررات داوری کشورهای دارای مراکز داوری، اعتبار و کیفیت صدور رأی از سوی داوری است. بر اساس سنت حقوقی فرانسوی که صدور حکم از سوی دادگاه بدون ذکر دلیل و مستندات قانونی آن باطل است، کانونهای داوری مرتبط با کشورهای تابع حقوق نوشته نیز از این رویه کاملاً متأثر می‌باشند. طبق بند ۲ ماده ۳۱ قواعد آنسیترال، دیوان داوری موظف است در رأی صادره ادله خود را بیان دارد، مگر اینکه طرفین به اختیار خود به گونه دیگری توافق کرده باشند. یا مطابق ماده ۳۰ (سازش طرفینی) قانون مزبور بر اساس شرایط مرضی الطرفین صادر شده باشد. اما در کشورهای دارای سیستم حقوق کامن‌لا (عرفی) که دادگاهها مکلف نیستند ادله حکم را بیان کنند، رأی داوری بدون ذکر دلیل نیز پذیرفته شده و معتبر است. انجمن آمریکایی داوری، اگرچه داوران را از درج استدلال در احکام صادره بر حذر داشته است، اما در عین حال بند ۷ مقررات اصلاحی داوری تجاری بین‌المللی انجمن مزبور، مقرر می‌دارد: «طرفین دعاوی بین‌المللی اغلب از داوران انتظار دارند دلایل خود را برای تشریح تصمیمات متخذه، در رأی صادره قید کنند. انجمن آمریکایی داوری می‌تواند ضمن تبادل نظر و مشورت با طرفین دعوا و داوران ترتیبات لازم برای نیل به هدف مزبور را فراهم سازد».[1]

---

۱. همان، ص ۷۰.

بند دوم- حقوق ایران

در حقوق ایران دو دسته قوانین و مقررات مربوط به داوری مشاهده می‌شود که دسته‌ای از آن تکلیف داوریهای داخلی را تعیین نموده و دیگری هم مقرراتی است مربوط به داوریهای بین‌المللی. مقررات مربوط به داوریهای داخلی را می‌توان در بخشهایی از قوانین آئین دادرسی مدنی مصوب ۲۵ شهریور سال ۱۳۱۸ تا قوانین جدید آئین دادرسی مطالعه کرد.

مهم‌ترین نکاتی که ذکر آنها از قوانین مزبور در اینجا ضروری به نظر می‌رسد عبارتند از:

۱ - هرگاه معامله‌ای بین اتباع ایران و اتباع بیگانه واقع شده باشد، طرف ایرانی نمی‌تواند مادام که اختلاف تولید نشده است به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داوری یك یا چند نفر یا داوری هیأتی رجوع نماید که آن شخص یا اشخاص و یا آن هیأت دارای همان تابعیت طرف بیگانه باشد(ماده ۶۳۳ از قانون آئین دادرسی مصوب ۲۵ شهریور ۱۳۱۸).

۲ - داورها در رسیدگی و رأی تابع اصول محاکمه نیستند، ولی باید شرایط قرارداد داوری را رعایت کنند. (ماده ۶۵۷ از قانون مزبور)

۳ - رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد. همچنین در صورتی که رأی صادره مخالف قوانین موجد حق باشد، باطل و غیر قابل اجرا خواهد بود(مواد ۶۵۸ و ۶۶۵ از قانون مزبور).

۴ - پاره‌ای از دعاوی اصولاً قابل ارجاع به داوری نیستند. از جمله دعوای ورشکستگی و دعاوی راجع به اصل نکاح، طلاق، فسخ نکاح و نسب (ماده ۶۷۵). اساساً در فقه اسلامی که مبنای حقوق ایران به شمار می‌رود قلمرو داوری از مباحثی است که محل نزاع و اختلاف آرای جدی فقهاء می‌باشد. اما در عین حال در خصوص دعاوی مالی و بازرگانی تقریباً می‌توان گفت از اتفاق نظر محسوسی برخوردار می‌باشد.[۱]

---

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰، پیشین، صص ۲۴ و ۲۷ -شیخ طوسی، مبسوط، ج ۸، پیشین، ص ۱۶۵.

۵ـ نهایتاً، هر گاه طرفین یا یکی از آنها نسبت به رأی صادره از سوی داور یا داوران اعتراضی داشته باشد می توان شکایت خود از رأی مزبور را در ظرف یك ماه پس از ابلاغ رأی به دادگاه تسلیم کند. دادگاه نیز در صورت تشخیص وارد بودن اعتراض به موضوع رسیدگی و اقدام به صدور رأی خواهد کرد (ماده ۶۷۶ از قانون مزبور).

داوری در ایران اساساً از توسعه چندانی برخوردار نشده است. خصوصاً اینکه رویه‌های قضایی چندانی در این عرصه شکل نگرفته و نیازمند تحول و تکاملی جدی و اساسی است. بتازگی اهمیت داوری مورد توجه مسئولان سیاسی ـ قضایی و همچنین قانونگذار ایرانی قرار گرفته و در راستای این توجه در ۲۶ شهریور سال ۱۳۷۶ قانونی از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت که خصوصاً خلأ موجود در بخش داوری بین‌المللی در ایران را تا میزان زیادی پر کرد. قانون مزبور اگرچه از کاستی‌ها و نارسایی‌هایی نیز برخوردار است اما ضمن اینکه در نوع خود یکی از مهم‌ترین مصوبات سالهای اخیر محسوب می‌شود، لیکن با مقایسه با مقررات مشابه در سایر کشورهای جهان، بویژه الگوی اصلی آن[1] از نوآوری‌ها و ابداعات ارزنده‌ای برخوردار می‌باشد. اینك برای اطلاع خوانندگان گرامی و خصوصاً جهت طرح مقایسه‌ای با آنچه در خصوص مقررات داوری کشورهای مورد بحث آوردیم، به پاره‌ای از نکات مهم و قابل توجه آنکه مرتبط با کلیات مورد بحث در این گفتار می‌باشد اشاره می کنیم:

۱ـ قانون داوری ایران طی دو بند مندرج در ماده دوم[2] قلمرو اجرای قانون مزبور را هم از حیث موضوع و هم از حیث اشخاصی که صلاحیت ارجاع اختلاف به داوری را دارند

---

۱. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (International Commerical Arbitration Act of Iran) از قانون نمونه آنسیترال (Uncitral) مصوب کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل سال ۱۹۸۵) الگوی‌برداری نموده است.

۲. ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران: بند ۱ـ داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل کاری، پیمانکاری و فعالیتهای مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت. بند ۲ـ کلیه اشخاص که اهلیت اقامه دعوا دارند می توانند داوری اختلافات تجاری بین‌المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد با تراضی، طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند.

تعیین نموده است. از حیث موضوع، قلمرو آن اختصاص به اختلافات ناشی از روابط تجاری بین‌المللی یافته و از حیث قلمرو شخصی نیز تقریباً همان مفاد ماده ۶۳۲ قانون آئین دادرسی مدنی سابق ایران را در اینجا منعکس نموده است.

۲ـ در خصوص اعتبار و حجیت رأی داور یا داوران اظهار نظر صریحی در قانون مورد بحث وجود ندارد. اما آنچه مسلم است، در موافقت‌نامه داوری که قبل از بروز اختلاف یا پس از آن فیمابین طرفین منعقد می‌شود چنانچه برای عزل داور یا عدم عزل آن تصمیمی قاطع گرفته شده باشد، تا حدودی در خصوص اعتبار و نفوذ رأی صادره از سوی داوری تعیین کننده خواهد بود. شایان ذکر است که احتمالاً تنظیم کنندگان و تصویب کنندگان این قانون به دلیل وجود اختلافات فقهی موجود حاضر نشده‌اند نظر صریحی را در متن قانون اعمال کنند. هر چند که به نظر می‌رسد مفاد و روح حاکم بر قانون مزبور موافق رأی آن دسته از فقهای شیعه و اهل سنت است که قائل به لازم الاتباع بودن داوری هستند.[1]

۳ـ از جمله مواردی که در هر داوری و طبعاً در تدوین قوانین داوری حایز اهمیت فراوان است، تعیین قانون حاکم بر آئین داوری و همچنین تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعواست. امروزه تقریباً این رویه معمول است که هم در زمینه قانون حاکم بر آئین داوری و هم درخصوص تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا، اصل حاکمیت اراده را صاحب اصلی‌ترین نقش در این عرصه بدانند. مواد ۱۹ و ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به‌وضوح تمام بر اصل حاکمیت اراده هم درباره قانون حاکم بر آئین داوری و هم درباره قانون حاکم بر ماهیت دعوا صحه گذاشته است.

در خاتمه یادآوری می‌شود، شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد، همان گونه که سابقاً هم گفته‌ایم، همانند یك قرارداد، هرچند تبعی و فرعی، می‌تواند به دلایل مختلفی محل نزاع و اختلاف طرفین قرار گیرد. طبعاً در صورت بروز اختلاف یا طرفین به‌موجب موافقت قبلی در خصوص مرجع رسیدگی کننده اقدام به حل و فصل می‌کنند، یا

---

۱. برخی از فقهاء لازم الاجرا بودن حکم را منوط به رضایت طرفین نسبت به آن پس از صدور حکم می‌دانند. بسیاری نیز رأی داوری را مطلقاً لازم الاجرا دانسته و در صورت توافق طرفین بر ارجاع اختلاف به داوری، پس از رسیدگی، عدم قبول رأی داور را مجاز ندانسته‌اند. شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۲۵ ـ شیخ طوسی، پیشین، ص ۱۶۵.

پس از بروز اختلاف بر سر چگونگی رفع آن و مرجع حل و فصل به توافق می‌رسند. در این مرحله نیز یا محاکم قضایی دادگستری مرجع رسیدگی کننده خواهند بود یا مراجع داوری. هر یك از این دو دسته نیز به نوبه خود یا داخلی هستند یا بین‌المللی. قوانین حاکم بر آئین دادرسی و نحوه رسیدگی و غیره نیز به تفکیك مورد شناسایی و عمل قرار خواهند گرفت. در اینجا به دلیل لزوم اختصار و عدم خروج از مباحث اصلی کتاب از پرداختن تفصیلی به همه آنها خودداری می کنیم.

مبحث سوم ـ قانون حاکم بر دعوای مربوط به شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد

از جمله مراحل مهم رسیدگی به هر دعوا، مرحله تعیین قانون حاکم یا قانون صلاحیت‌دار لازم الاجرایی است که قاضی پس از قبول رسیدگی به دعوا باید آن را شناسایی و به موجب آن اقدام به صدور رأی نماید. می‌دانیم که قوانین کشورهای مختلف دنیا در خصوص بسیاری از مسائل و روابط حقوقی حکم واحدی ندارند. لذا طبیعی است که از ناحیه این عدم تطابق و به تعبیری دیگر تعارض قوانین، چه بسا نتیجه آراء و احکام صادره به موجب هر یك از قوانین متعارض با دیگری تفاوت اساسی داشته باشد. بنابراین شناسایی قانون صلاحیت‌دار از اهمیت بسیاری برخوردار بوده و در سرنوشت دعوا تأثیر اساسی خواهد داشت.

با مقدمه‌ای که بیان شد، باید اذعان کنیم که مسئله تعیین قانون صلاحیت‌دار علاوه بر اینکه از اهمیت بسزایی برخوردار است، دارای پیچیدگی حقوقی فراوانی نیز می‌باشد. برای دستیابی به قانون صلاحیت‌دار، قاضی مأمور رسیدگی به دعوا باید علاوه برداشتن دانش لازم در زمینه قواعد حل تعارض قوانین، حداکثر تلاش خود را نیز به کار گیرد تا قانون صلاحیت‌دار لازم الاجرا را شناسایی نماید و به مورد اجرا بگذارد. البته ناگفته نماند که بحث تعارض قوانین و مشکل تعیین قانون صلاحیت‌دار در دعوایی مطرح است که یك عنصر خارجی در دعوا دارای نقش اساسی باشد. در جایی که هیچ عنصر خارجی در دعوا

مطرح نیست و یا به طور اصولی قانون حاکم بر دعوا قانون مقرو یا قانون ملی طرفین است و اختلافی نیز بر سر قانون حاکم به وجود نمی آید، مسئله چندان پیچیده و غامض نیست. قاضی با تشخیص موضوع دعوا، قانون داخلی مربوطه را مستند حکم قرارداده و در مرحله اجرا نیز چندان مشکلی به وجود نخواهد آمد.

اما مشکل زمانی بروز می کند و محل اصلی بحث ما هم در این گفتار مربوط به مواردی است که قوانین دو یا چند کشور مختلف هر یك به گونه‌ای با واقعه حقوقی موضوع دعوا ارتباطی دارند که صرف نظر و نادیده گرفتن هر یك از آنها باید مبتنی بر دلیل و مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی و یا عرفهای پذیرفته شده بین‌المللی باشد. قاضی در انتخاب و اعمال قانون لازم الاجراء آزادی ندارد و عمل خود سرانه او موجه نخواهد بود و در مقام اجرا در صحنه بین المللی نیز چه بسا با مانع جدی روبرو گردد. برای حل این معضل قواعدی وجود دارند که ضمن راهنمایی قضات و مراجع رسیدگی کننده آنها را موظف می کنند که از میان چند قانون کدام را ملاك عمل و صدور حکم قرار دهند.

از سوی دیگر در میان مجموعه مقررات بین‌المللی وضع شده که بسیاری نیز با هدف ایجاد وحدت میان قوانین داخلی کشورها تنظیم شده‌اند، هیچ یك به طور خاص به مسئله مورد بحث ما نپرداخته‌اند. در نتیجه تنها منبع حقوقی که می تواند در حل اختلافات ناشی از شرط مورد بحث مورد استفاده قرار گیرد، حقوق داخلی کشورهای درگیر در هر دعواست.

از طرفی نیز به دلیل عدم تشابه نظامهای حقوقی داخلی در مسائلی نظیر وجه التزام، شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد و نظایر آنها، ناچاریم در صورت بروز اختلاف بر سر آنها به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی مراجعه کنیم. طبعاً در این روند باید با استفاده از قواعد حل تعارض ابتدا قانون یا نظام حقوقی داخلی کشور را شناسایی کرد، آنگاه بر اساس قانون شناسایی شده نسبت به حل مسئله و اختلاف فیمابین اقدام نمود.

برخی از جنبه‌های شرط تعیین خسارت ممکن است برای هر قاضی یا داوری که به مسئله رسیدگی می کند، به دلیل وحدت رویه‌های قضایی چندان ایجاد اشکال نکند. مثلاً در

اینکه وارد آورنده خسارت باید جبران خسارات وارده را تقبل نماید، یا اثبات ورود خسارت، در جایی که علاوه بر وقوع تخلف و نقض عهد شرط ورود خسارت نیز شده است، بر عهده متعهدله می‌باشد. همچنین در جایی که برای صرف وقوع نقض عهد مبلغ معینی در نظر گرفته شده و طبعاً متعهدله ملزم به اثبات ورود خسارت نیست، از جمله مواردی هستند که در قریب به اتفاق نظامهای حقوقی جهان وضعیت یکسانی دارند. طبعاً در این موارد رجوع قاضی یا داور به هر نظام حقوقی داخلی چندان تغییری در نتیجه رأی ایجاد نخواهد کرد. یعنی قانون حاکم هرچه باشد تفاوت چندانی در رأی صادره نخواهد بود.

اما در بسیاری از جنبه‌ها احکام و مقررات حقوق داخلی کشورها در خصوص شرط مورد بحث یکسان نیست. همان گونه که سابقاً گفته‌ایم اگر شرط تعیین خسارت جنبه تحذیری و تنبیهی داشته باشد در یك نظام حقوقی باطل و در جایی دیگر معتبر و نافذ است. اگر میزان تعیین شده در شرط با خسارت واقعی‌وارده برابر نباشد در یك نظام حقوقی قابل تعدیل و در نظامی دیگر غیر قابل تعدیل است.

پس این سؤال که کدام قانون داخلی بر سرنوشت شرط تعیین خسارت حاکم خواهد بود از اهیمت فوق العاده‌ای برخوردار می‌باشد. گفتار حاضر نیز با توجه به اصول و مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی درصدد این است که قانون حاکم بر شرط خسارت، صحت و اعتبار آن را مورد مطالعه قرار دهد.

در این مقدمه متذکر می‌شویم که اولاً انتخاب قانون حاکم، در یك نگاه و تحلیل کلی، به دو شیوه ممکن است صورت گیرد. نخست اینکه قانون حاکم می‌تواند با تکیه بر اصل حاکمیت اراده، توسط طرفین قرارداد که خالق اصلی قرارداد و طبعاً شروط ضمن آن هستند، انتخاب شود. چرا که منطق حقوقی حکم می‌کند طرفین قرارداد حق داشته باشند آزادانه هر قانونی را که مناسب می‌بینند بر تفسیر، حدود و تعهدات ناشی از قرارداد حاکم سازند، و این امر همانند یکی از شروط ضمن عقد در قرارداد گنجانده‌شود.

دوم اینکه ممکن است به هر دلیلی اراده متعاملین نادیده گرفته شود، خواه با توجه به قواعد آمره و مقررات اجتناب ناپذیر حقوقی و خواه در اثر تمایل طرفین به عدم اعمال اراده و واگذاری آن به ضوابط عینی و حقوقی پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل خصوصی. این

صورت مبتنی بر نظریه‌ای است موسوم به نظریه اعمال ضوابط عینی.[۱]

ثانیاً الزامی نیست که در شیوه انتخاب قانون تنها به یکی از دو شیوه مزبور اکتفا شود. بلکه ممکن است در پاره‌ای مسائل و آثار هر قرارداد به شیوه نخست عمل کرد و در پاره‌ای دیگر شیوه دوم را اعمال نمود.

ثالثاً آنچه مسلم است اینکه، در تمامی قراردادها این طور نیست که یك قانون بر همه جنبه‌ها و اجزای آن حاکم باشد. صرف نظر از شیوه انتخاب قانون صلاحیت‌دار، قاضی موظف نیست برای تمامی ابعاد و جنبه‌های شکلی و ماهوی یك قرارداد تنها یك قانون داخلی را حاکم و اجرا کند، بلکه ممکن است مسائل و اجزای قرارداد را تفکیك نموده و به‌ازای هر یك از آنها قانون خاصی را به عنوان قانون صلاحیت‌دار برگزیند.

بنابراین، گفتار حاضر را اختصاص می‌دهیم به دو بخش جداگانه که هر بخش به یکی از دو شیوه انتخاب قانون حاکم مربوط می‌شود. به علاوه در هر یك از دو شیوه مزبور دامنه و قلمرو اعمال آنها نسبت به اجزاء و بخشهای قرارداد را هم مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

گفتار اول ـ انتخاب قانون حاکم با تکیه بر اصل حاکمیت اراده

در حقوق بین‌الملل خصوصی، این سؤال مطرح است که آیا طرفین قرارداد می‌توانند با تکیه بر اصل حاکمیت اراده، قانون خاصی را که بدان تمایل دارند بر قرارداد فیمابین خود حاکم سازند یا خیر؟ در راستای سؤال مذکور سؤال دیگری مطرح شده است مبنی بر اینکه، آیا طرفین حق دارند اساساً حاکمیت هیچ قانونی را نپذیرند؟

سؤال سومی که مطرح می‌شود این است که قلمرو حاکمیت اراده و قانون انتخابی بر اساس اصل مزبور چقدر است؟ آیا قانون منتخب می‌تواند بر تمامی ابعاد، آثار و مسائل قرارداد فیمابین حکومت کند یا خیر؟

گفته شده است، قرارداد مخلوق اراده متعاملین است و منطق حقوقی هم حکم

---

۱. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۶۴.

می کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه هر قانونی را که مناسب می دانند بر تفسیر، حدود و تعهدات ناشی از قرارداد حاکم سازند. نخستین بار در قرن شانزدهم، شارل دومولن[۱] در مباحث مربوط به تعارض قوانین اظهار نمود، چون قرارداد نوعی محدودیت ارادی حقوقی متعاملین است، لذا طرفین می توانند صریحاً یا ضمناً صلاحیت قانون خاصی را بپذیرند.[۲] مطالعه تاریخی هم نشان می دهد که به واقع از زمان شارل دومولن در محاکم دنیا این گرایش پیدا شده که طرفین می توانند قانون مورد نظر خود را بر قرارداد و تعهدات ناشی از آن حاکم سازند. اولین کشوری هم که در محاکم آن از تئوری قصد متعاملین به عنوان اصلی در حقوق قراردادها استناد شده، کشور انگلستان می باشد. تئوری مزبور از سال ۱۸۶۵م. در دعاوی چندی[۳] ظاهر شد و بتدریج با تأثیرپذیری از عقاید استوری[۴] (نویسنده آمریکایی) جایگاه مهمی را در حقوق بین الملل خصوصی پیدا کرد. استوری با تدوین کتابی در سال ۱۸۳۴م. ضمن تشریح مسائل تعارض قوانین برای ایجاد توافق بین تئوری مزبور با قاعده «قانون حاکم بر محل وقوع عقد»[5] اظهار داشت، این دو نظریه با یکدیگر منافات نداشته و در واقع چنین است که هر گاه شخصی در کشوری قراردادی منعقد می نماید طبعاً می خواهد (تمایل دارد) قرارداد تابع قانون همان کشور (محل وقوع عقد) باشد. این عدم تصریح در واقع حکایت از رضایت او به همان قانون محل وقوع عقد دارد.[۶]

در هر حال تئوری مورد بحث بتدریج در حقوق کشورهای بسیاری وارد شد[7] و این

1. Dumulin.

۲. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۶۵.

3. Lioyd V.Guibert - Steam Nariyation V.Shand.

4. Story.

5. Lex Loci actus - lex loci Cantractus.

6. Lando ole , Contracts, International, Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 3, ch. 24, 1976. P. 14.

۷. ماده ۷ قانون مدنی ۱۸۹۸ ژاپن مقرر می دارد: «قانون حاکم بر ایجاد و آثار اعمال حقوقی را اراده متعاملین تعیین می کند.» و یا در ماده ۲۵ ق. م. ۱۹۴۸ ایتالیا آمده است: «تعهدات قراردادی تابع قانون ملی مشترك متعاملین یا قانون محل انعقاد قرارداد است و الا اراده مشترك متعاملین قانون صلاحیت دار را تعیین خواهد کرد.» در کشور فرانسه نیز در رویه قضایی صریحاً این گونه آمده است: «قانون صلاحیت دار در مورد قراردادها چه قانون حاکم بر ایجاد و چه قانون حاکم بر تأثیر و شرایط قراردادی، قانونی است که متعاملین انتخاب کرده اند». ر.ك. مرتضی نصیری پیشین، ص ۶۵.

حضور هم اکنون به گونه‌ای است که، به‌رغم وجود اختلاف نظر برخی از صاحب نظران[۱]، نمی‌توان حق متعاملین را در تعیین قانون صلاحیت‌دار حاکم بر قرارداد مورد تردید قرارداد.

دایسی[۲] در ذیل قاعده ۱۴۶ از کتاب خود آورده است: هرگاه متعاملین صریحاً قصدشان را در خصوص قانون حاکم اظهار کرده باشند، همان قصد ملاك عمل خواهد بود. وی می‌افزاید، از سال ۱۷۹۶م. که برای نخستین بار این تئوری پذیرفته شد تا زمان حاضر از محاکم بریتانیا حتی یك مورد هم گزارش نشده است که محکمه از پذیرش توافق طرفین نسبت به قانون حاکم خودداری کرده باشد.[۳]

در قرن ۱۹ میلادی نیز این نظریه از یك سو با تأثیرپذیری از فلسفه کانت و از طرفی نیز تحت تأثیر اندیشه فلسفی = اقتصادی لسه فر (Laissez - Faire) که آثار فراوانی هم در حقوق قراردادهای انگلستان بجا گذاشته است مورد حمایت و توجه بیشتری قرار گرفت.[۴]

در حقوق آمریکا، با مراجعه به سابقه تاریخی این نظریه چنین استنباط می‌شود که آرای محاکم آمریکایی در دوران قدیم تحت تأثیر و نفوذ عقاید ژوزف بیل[5](J. Beale) بوده و قانونی را بر قرارداد حاکم می‌کردند که در ایجاد قرارداد نقش اصلی را داشته است. بیل همانند برخی از نویسندگان اروپایی با اصل حاکمیت سرزمینی قوانین موافق بود و معتقد بود طرفین نباید قانون حاکم بر قرارداد را خودشان تعیین کنند، زیرا این امر دخالت در امر دادرسی و قانونگذاری محسوب می‌شود.[۶]

---

۱. دورژانتره (D,argentre) بکلی با این طرز تفکر مخالف بود و آن را مردود می‌دانست. اما حقوقدانانی نظیر هوبر (Huber) و بورگندو (Bourgondo) و بوهیه (Bouhie) با اندك تغییرات و استثناهاتی از طرفداران این نظریه هستند. ر.ك. مرتضی نصیری، پیشین ص ۶۵.

2. Dicey.

3. Dicey and Morris , Conflict of Laws ,9ed, London ButterWorths, 1976, P.728, P.699.

۴. لسه فر معتقد بود افراد باید در فعالیتهای اقتصادی آزاد باشند و دولت نباید هیچ گونه دخالتی در روابط اقتصادی آنها داشته باشد. این فرمول اقتصاد کلاسیك بود که مبتنی بر آزادی اقتصادی و اصالت اقتصاد طبیعی شکل گرفته است. ر.ك. حسینقلی کاتبی، فرهنگ حقوقی فرانسه ـ فارسی، ۱۳۳۷، ص ۲۰۱.

۵. شرح و تدوین اولین قوانین آمریکا در سال ۱۹۳۴ مبتنی بر عقاید J. Beale صورت گرفته است.

6. Rabel, Ernest, Conflict of Laws, Vol . 2. ed. 2. 1958 P. P 404-405 Reese, W. Case son, Materials on conflict of laws, the foundation press , New York , 8th ed. 1984, P. 574.

این تفکر دیری نپایید که دچار تحولی اساسی گردید و محاکم آمریکایی نیز تمایل به حاکمیت اراده را علنی و به طور جدی آن را اعمال نمودند. قاضی جکسون در دعوای Lauritzen V. Larson اظهار داشت:

«محکمه مایل است که قانون صلاحیت دار را با عنایت به قصد متعاملین احراز و بر موضوعات قرارداد فیمابین آنها حاکم نماید». [1] اندك اندك رویه قضایی حاصله در محاکم آمریکایی منجر به تصریح اصل حاکمیت اراده در شرح بر قوانین آمریکا گردید که در سال ۱۹۷۱ توسط انیستیتوی حقوق آمریکا تدوین شد. در بخش ۱۸۷ از پاراگراف دوم مجموعه مزبور آمده است: به استثنای موارد ذیل، قانون ایالت مورد توافق طرفین قابل اعمال خواهد بود: ۱ ـ قانون ایالت مورد توافق ماهیتاً هیچ رابطه‌ای با طرفین یا قرارداد فیمابین آنها نداشته و دلیل قانع کننده‌ای هم برای این انتخاب وجود نداشته باشد. ۲ ـ اعمال قانون مورد توافق طرفین موجب نقض مقررات مربوط به نظم عمومی شود. [2]

در بند اول از ماده ۱۰۵ ـ ۱ از U.C.C آمده است: طرفین می توانند نسبت به حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد فیمابین خود قانون ایالت یا کشوری را که ارتباط منطقی با قرارداد داشته باشد حاکم کنند.

اما در حال حاضر هم حقوق آمریکا و هم حقوق انگلیس اگرچه متأثر از تئوری حاکمیت اراده هستند، لیکن محاکم فعلی انگلیس تحت تأثیر عقاید چشایر با حاکمیت مطلق اراده مخالف بوده و محدودیتهای فراوانی برای آن قائل شده‌اند. [3] در حقوق جدید آمریکا نیز دکترین جدیدی موسوم به دکترین «مرکز ثقل» [4] یا مرکز تجمع پیوندها [5] مطرح گردیده است که به موجب آن قانون کشوری حاکم شناخته می‌شود که مهم‌ترین پیوندها را با طرفین قرارداد یا خود قرارداد داشته و آن قانون بر حقوق و تعهدات طرفین

---

1. Reese, Op. Cit. P.578.
2. American Law Institute Restatement of the law second , conflict of laws, 3 Vols , st . paul Minn , 1971 CH8 , P.184.
3. Cheshire and North, Op .Cit .P. 201.
4. Center of gravity.
5. Grouping of contracts.

قرارداد اعمال می گردد.[۱]

در هر حال آنچه مسلم است اینکه، به‌رغم نفوذ و اعتباری که تئوری حاکمیت اراده و قصد متعاملین یافته است، اما در عین حال دارای محدودیتهایی به شرح ذیل برای اعمال مطلق آن وجوددارد:

۱ ـ اگر انتخاب قانون حاکم همراه با اکراه یا اشتباه بوده باشد همانند سایر شروط قراردادی نافذ نخواهد بود.[۲]

۲ ـ مخالفت قانون منتخب با نظم عمومی کشور مقر دادگاه رسیدگی کننده مانع نفوذ و اعمال آن می گردد.

۳ ـ قانون حاکم باید از میان نظام حقوقی مشخص و شناخته شده کنونی باشد.

۴ ـ قانون منتخب باید با قرارداد فیمابین پیوند و ارتباطی منطقی داشته باشد.[۳]

۵ـ قانون حاکم انتخاب شده نباید با قواعد امری قانون به وجود آورنده مخالفتی داشته باشد.[۴]

۶ ـ قرارداد باید واجد جنبه بین‌المللی باشد.

نهایتاً برخی نیز با ایراد انتقاداتی نظیر اینکه، اعمال حاکمیت اراده مستلزم دور باطل است[۵] و یا حاکمیت اراده مطلق منطقی نبوده و باید به قانون متکی باشد[۶]، خواسته‌اند مخالفت خود را با تئوری مزبور اعلام دارند.

در خاتمه از مجموع مقررات و تألیفات حقوقدانان چنین استنباط می شود که اغلب

---

1. Corpus Juris , secundum vol 15A west Pb .co 1967. Paras 8(2), P.419.

2. American low Institute Restatetement , Op .Cit. P .P 192-193.

۳. لرد رایت (writht lord) می گوید: ارتباط با قانون انگلستان به عنوان یك قاعده ضرورتی ندارد.
Graveson (R.H.), Conflict of lows , 7th . ed ., London Sweet & Maxwell, 1974, P.208
همچنین وُلف از حقوقدانان مشهور انگلیسی اظهار داشته است: هرگاه طرفین قراردادی، قانون کشور انگلیس را بر آن حاکم کرده باشند محاکم انگلیس باید براساس آن رسیدگی کنند، هرچند این انتخاب به دلیل ارتباط با موضوع نباشد. چراکه اصولاً محاکم علاقمند به اعمال قانون دولت متبوع خودشان هستند.
Wollf , Martin , Private International law , Oxford university Press, 1974, P. 429.

۴. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۴۱.

۵. نجادعلی الماسی، تعارض قوانین، چاپ اول، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸، ص ۲۰۵.

۶. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۱۱.

سیستم‌های حقوقی از جمله حقوق ایران (با آوردن ماده ۹۶۸ ق. م.) اصل حاکمیت اراده را هر چند با قیود و شروطی مختصر مورد شناسایی قرار داده[1] و تا آنجا نیز پیش رفته‌اند که حتی برای انتخاب ضمنی طرفین قرارداد نیز اعتبار قابل توجهی قائل شده‌اند. علاوه بر آن نیز بر محاکم فرض است که حتی المقدور تلاش کنند با عنایت به مفاد قرارداد و همچنین اوضاع و احوال یا قرائن قابل اعتماد، قصد طرفین نسبت به قانون حاکم را احراز کنند. قرائنی مثل تعیین داوری کشور خاص یا تعیین محاکم صلاحیت‌دار کشور خاص می‌توانند حکایت از پذیرش قانون آن کشور یا داوری آن داشته باشند.[2]

در پاسخ به سؤال دوم نیز باید گفت این هم در راستای همان محدودیتهایی است که بر اصل حاکمیت اراده وارد شده است.

به بیان دیگر در ادامه تحدید استقلال متعاملین به نظر می‌رسد متعاملین حق ندارند اساساً حاکمیت هیچ قانون یا نظام حقوقی مشخصی را بر قرارداد خود نپذیرند. چرا که متعاملین مجاز نیستند تنها قرارداد را برای ایجاد حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد کافی

---

۱. علاوه بر بند دوم ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی آرای چندی از دیوان داوری ایران و آمریکا نیز موجود است که مبتنی بر همین قاعده صادر شده‌اند و برای مطالعه بیشتر ر.ك. به دعاوی ذیل:

1- American Bell V. IRAN (1984).

2- Oil Field of Texas V. IRAN (1981).

3- Amoco International V. IRAN (1987).

IRAN - us. CTR, vol s.6-15-20 :منبع

2. Cheshire and North, Op. Cit. P. 203.

در انگلیس ضمن اینکه شرط رجوع به داوران انگلیسی پذیرش حاکمیت قانون انگلیس است به موجب رویه قضایی این کشور ارجاع به داوری یك کشور قرینه‌ای است بر قبول حاکمیت قانون همان کشور. کما اینکه مجلس لردان انگلیس نیز حکم کرده است: ارجاع به محکمه انگلیسی دلیل ضمنی است بر توافق طرفین نسبت به حاکمیت قانون انگلیس. برای مطالعه بیشتر دعاوی Tzortazis v. Monark و Kwik Hoo Tont v. James findlay قابل مطالعه هستند. ر.ك.

Wollf , Martin , Op .Cit .P. 429 - Cheshire and North, Op. Cit .P.204.

در آمریکا نیز به موجب شرح پاراگراف ۲۱۸ از مجموعه شرح قوانین دوم (۱۹۷۱) تصریح شده است که ارجاع به داوری ایالت خاص دلالت بر آن دارد که طرفین تمایل دارند قانون همان ایالت را حاکم کنند. بخش استیناف دیوان عالی نیویورك نیز در سال ۱۹۸۲ شرط ارجاع به داوری نیویورك را قرینه بر اعمال قانون نیویورك دانسته است.

Lando. Ole, Op. Cit. P. 48.

به برخی از قرائن نیز در کتاب حقوق چند ملیتی تألیف دکتر مرتضی نصیری، ص ۸۰ اشاره شده است.

دانسته و تابع هیچ قانونی ندانند. دیوان تمیز فرانسه در بخشی از رأی مورخ ۵ دسامبر ۱۹۱۰ آورده است: «هر قرارداد بین‌المللی الزاماً تابع قانون معینی خواهد بود».[۱] بسیاری از حقوقدانان نیز از این نظر حمایت کرده و مشهور چنین است که طرفین به هر حال باید قانونی را بر قرارداد حاکم بدانند. رنه دیوید می گوید: «نسبت به این اندیشه اتفاق نظر وجود دارد که اراده اشخاص برای اینکه بتواند آثار حقوقی ایجاد کند باید به یك سیستم حقوقی مرتبط گردد و عقیده مخالف آن مستلزم خودسری و زورگویی می‌شود».[۲]

مخالفان این نظریه همانند پروفسور وردرس[۳] بویژه در خصوص قراردادهای دولتی قانون حاکم بر قرارداد را همان قانونی می‌دانند که مبتنی بر خواسته و توافق طرفین است. اینان معتقدند این ادعا قابل توجیه نیست که هر توافقی باید مبتنی بر نظم حقوقی یا یك مجموعه حقوقی از پیش موجود باشد. چه بسا چنین مجموعه‌ای بر اساس توافق طرفین بعداً تحقق یابد.[۴]

سومین سؤالی که در مطلع همین بند از گفتار سوم مطرح گردید و پاسخ به آن در اینجا ضروری است، این چنین بود که حدود اعمال اراده و اختیار متعاملین تا چه حدی باید باشد و اگرچه نمی توان حق متعاملین را در تعیین قانون حاکم مورد تردید قرارداد اما قلمرو این اختیار و محدوده آن تا کجاست؟ آیا طرفین قرارداد حق دارند در کلیه مسائل قراردادی حتی قواعد آمره را نادیده بگیرند و یا برای فرار از قواعد آمره محل انعقاد عقد، قوانین کشور دیگری را حاکم کنند که مغایر با قواعد آمره محل وقوع عقد است؟

اگرچه در مورد تعیین محتوای قوانین یا قواعد آمره اختلاف نظرهایی وجود دارد

---

۱. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۲۱۰.

۲. مهدی شهیدی، مقاله قانون حاکم بر قراردادهای بین‌الملل خصوصی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی شماره ۱۹-۲۰، ۱۳۷۶، ص ۶۳ ـ لعیا جنیدی، قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۱۹۱.

3. Verdross.

۴. گفته شده است که مطابق بعضی از آرای قضایی، طرفین می توانند قرارداد را تابع هیچ قانونی نسازند هر چند که در رأی ۲۱ ژوئن ۱۹۵۰ دیوان فرانسه این نظریه مردود اعلام شده است. ر.ك: مهدی شهیدی، پیشین، ص ۶۳ ـ لعیا جنیدی پیشین، ص ۱۹۲.

اما در این نظریه که، قرارداد باید در قلمرو قانون بخصوصی ایجاد شود و متعاملین حق ندارند، هر چند با توافق یکدیگر، از قواعد آمره قانون مزبور اجتناب کنند، متفق القول هستند.

بنابراین در هر قراردادی اعم از اینکه اصلی یا تبعی (همانند شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد) باشد، قانون حاکم بر جمیع ابعاد آن لزوماً یك قانون نخواهد بود، بلکه در همه قراردادها نسبت به تمام مسائل و اجزای آن نباید اعمال بی قید و شرط اصل حاکمیت اراده را پذیرفت. اینك برای روشن تر شدن موضوع لازم است ابعاد مختلف یك قرارداد از جمله شرط تعیین قراردادی خسارت را که قراردادی تبعی به صورت شرط ضمن عقد پدیدار می گردد، احصاء نموده و نسبت به قانون حاکم در خصوص هر یك از آنها به بحث و بررسی بنشینیم.

بند اول- قانون حاکم بر مسئله اعتبار قرارداد تعیین خسارت

از آنجا که تعیین قانون صلاحیت دار بر اساس اصل حاکمیت اراده مستلزم دور منطقی است[1]، لذا از زمان بارتولوس در حقوق بین الملل خصوصی این نظریه رایج شده است که قانون حاکم بر اعتبار قرارداد باید قانون محل انعقاد قرارداد باشد. برخی نیز پا را فراتر گذاشته و معتقدند شرایط اصلی قرارداد باید تابع قانون و قواعد آمره ای باشد که قرارداد از آن ناشی شده است.[2]

بند دوم- قانون حاکم بر مسئله مشروعیت قرارداد تعیین خسارت

این نظریه در حقوق بین الملل خصوصی پذیرفته شده است که هر گاه قراردادی به موجب قانون محل انعقاد آن نامشروع باشد، نباید با استناد به قانون حاکم از نامشروع بدون آن صرف نظر کرد. لرد هالسبوری[3] در سال ۱۸۹۹ در دعوای شرکت کشتیرانی میسوری

---

۱. دور منطقی این گونه است که گفته می شود، قانون صلاحیت دار حدود حاکمیت اراده را تعیین می کند، حال اگر بخواهیم با اتکا به اصل حاکمیت اراده قانون صلاحیت دار را انتخاب کنیم طبعاً مستلزم دور خواهد بود.

۲. این نظریه متعلق است به نی بوایه. ر.ك. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۹۳.

3. Halsbury.

چنین اظهار داشته است:

«هر گاه قرارداد به علت مباینت با اصول اخلاقی یا مخالفت با قانون محل انعقاد باطل باشد، این قرارداد در سراسر جهان باطل خواهد بود و در هیچ کشور متمدنی نمی توان تقاضای اجرای مفاد آن را کرد». [1]

بند سوم- قانون حاکم بر مسئله اهلیت طرفین شرط خسارت

قواعد مربوط به صحت شرط تعیین خسارت به اعتبار اهلیت طرفین از یك سو مسلماً از جمله قواعد امری است، واز سوی دیگر بررسی سیستم‌های تعارض قوانین نشان می‌دهد که اتفاق نظر در این خصوص وجود ندارد. پاره‌ای از کشورها قانون دولتهای متبوع (قانون ملی) طرفین را حاکم می‌دانند. [2] گروهی قانون محل وقوع عقد را صلاحیت‌دار دانسته [3] و دسته دیگر هم قانون مناسب [4] قرارداد را برای تصمیم گیری در خصوص اهلیت

---

۱. مرتضی نصیری، پیشین، صفحه ۹۴.

۲. راه حلی که در حقوق ایران و فرانسه است. در حقوق فرانسه اصل بر این است که اهلیت متعاملین تابع حقوق دولت متبوع آن است. معذلك بر اصل مزبور استثناء مهمی قائلند موسوم به «نظریه بی اطلاعی بخشودنی» که از ابداعات رویه قضایی فرانسه می‌باشد و به قاعده لیزاردی (lizardi) شهرت دارد. برای مطالعه بیشتر ر.ك: ربیعا اسکینی، مقاله وجه التزام در قراردادهای بین‌المللی، پیشین، ص ۸۰. در حقوق ایران نیز توجه خوانندگان گرامی را به مواد ۶، ۷ و ۹۶۲ قانون مدنی جلب می کنم. در این مواد قانونگذار ایرانی اصل را بر صلاحیت قانون دولت متبوع در مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت قرارداده است. لیکن در این قانون برای حل مشکل مشابه حقوق فرانسه که به استثنای مذکور ختم شده است، این گونه چاره‌اندیشی شده است که هر گاه قرارداد در ایران منعقد شود و طرف معامله خارجی به علت قوانین دولت متبوعش اهلیت نداشته باشد اما به موجب قانون ایران اهل محسوب شود به جای حاکمیت قانون ملی، حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد ملاك تصمیم گیری شناخته شده است.

۳. تعدادی از ایالات کشور ایالات متحده آمریکا، اتحاد جماهیر شوروی، آلمان، ایتالیا، سوئیس و سوئد و برخی دیگر از کشورها قانون محل وقوع قرارداد را حاکم بر مسئله صحت قرارداد از حیث اهلیت طرفین دانسته‌اند. ر.ك، ربیعا اسکینی، پیشین، ص ۸۲.

۴. قضات انگلیسی در خصوص قانون حاکم بر اهلیت نظر واحدی ندارند. برخی قانون محل وقوع عقد را صالح وعده‌ای نیز قانون اقامتگاه طرفین قرارداد را حاکم می‌دانند. اما نظریه قانون مناسب یعنی قانونی که با قرارداد بیشترین و واقعی‌ترین ارتباط را دارد، از جمله نظریه‌های پذیرفته شده‌ای است که مؤلفان مشهوری همچون دایسی (Dicey) و موریس (Morris) پیشنهاد آن را دارند. چشایر نیز در تعریف قانون مناسب گفته است، قانونی است که بر اغلب مسائل و موضوعات مربوط به قرارداد یا ماهیت تعهد حاکم باشد.

Cheshire and North, Op .Cit .PP.195 -196 -Dicey and Morris Op. Cit. P. 744.

متعاملین صالح می‌دانند. اما آنچه مسلم است اینکه اهلیت متعاملین را نمی‌توان بر حسب قانونی که خود متعاملین بر اساس اصل حاکمیت اراده به عنوان قانون صلاحیت‌دار انتخاب می‌کنند احراز نمود. در غیر این صورت همان مشکل دور منطقی را که در بحث مربوط به اعتبار قرارداد بیان کردیم در اینجا نیز ظاهر خواهد شد.[۱]

بندچهارم- قانون حاکم بر سایر شرایط اساسی صحت قرارداد تعیین خسارت

با توجه به مواد ۱۹۰ و ۹۷۵ قانون مدنی ایران شرایط اساسی صحت هر قرارداد را می‌توان در پنج شرط خلاصه کرد:

۱- قصد طرفین و رضای آنها ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد ۴- مشروعیت جهت معامله ۵- عدم مخالفت با نظم عمومی. در خصوص شرط دوم پیش از این بحث کرده‌ایم. اما راجع به سایر شرایط، مؤلفان بنامی همانند باتیفول[۲] معتقدند سیستم‌های مختلف تعارض قوانین در خصوص قانون حاکم بر شرایط سه گانه (۱، ۳ و ۴) متفق‌القول‌اند و تمامی سیستم‌ها قانون قرارداد را حاکم می‌دانند. بنابراین محکمه رسیدگی کننده برای اینکه صحت شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد را احراز کند باید ببیند که آیا شرایط مذکور، با توجه به قانون قرارداد، وجود دارند یا خیر؛ نه قانون ملی طرفین و نه قانون محل وقوع عقد دخالتی نخواهند داشت.[۳]

نظم عمومی نیز در عین سادگی از مبهم‌ترین مفاهیمی است که در زمینه محدودیت اصلی حاکمیت اراده به گونه‌ای مطرح می‌شود. از مجموع آنچه در محاکم دنیا با استناد به نظم عمومی از حقوق تحصیل شده جلوگیری به عمل آمده است آمار و نشان مشخصی وجود ندارد. تعریف نظم عمومی و ترسیم چهره حقیقی آن نیز نیازمند بحث و بررسی مفصلی است. هر کشوری متناسب با نهادهای حقوقی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی خود از نظم عمومی تعبیر و تفسیر خاص دارد. بر همین اساس تمامی دادگاههای دنیا این

---

۱. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۱۰۰.

2. Batiffol.

۳. ربیعا اسکینی، پیشین، ص ۸۱.

اختیار مطلق را برای خود حفظ کرده‌اند که چه موقع قانون داخلی را اعمال کنند و چه موقع بر اساس قواعد مربوط به تعارض قوانین عمل کرده و قوانین بیگانه را اعمال نمایند. بنابراین امروزه، نظم عمومی یکی از عوامل محدود کننده حاکمیت اراده است و در نتیجه قانون داخلی همواره بر قواعد تعارض قوانین ترجیح داده می‌شود. اگرچه این ترجیح بی‌حد و حصر و اعمال بی رویه قانون مقر دادگاه خطری است که روند توسعه تجارت بین‌المللی را تهدید می کند، اما در عین حال نظم عمومی به عنوان ابزاری اطمینان بخش باید مورد توجه و دقت محاکم و دولتها قرار بگیرد.

بند پنجم- قانون حاکم بر شکل تنظیم سند قرارداد تعیین خسارت

به گفته برخی از صاحب نظران حقوق بین‌الملل خصوصی[1]، قاعده حاکمیت قانون محل تنظیم سند بر شکل سند، مهم ترین بازمانده عقاید حاشیه نویسان[2] در حقوق بین‌الملل خصوصی است که کماکان در حقوق همه کشورهای دنیا بدون بحث و تردید باقی مانده است. این نظریه همانند برخی دیگر از نظریه‌ها[3] ناشی از تفکرات علمای متعصب حقوق انگلیس و آمریکاست که معتقد بوده‌اند قرارداد مخلوق و زائیده اراده حاکم هر سرزمینی است که متعاملین در آنجا آن قرارداد را منعقد نموده‌اند. در نتیجه باید از لحاظ شکلی نیز تابع قانون همان کشور محل ایجاد باشد. در هر حال با طرح دلایلی در توجیه آن، امروزه این نظریه به صورت یك قاعده عرفی حقوق بین‌الملل خصوصی در آمده است.

قاعده مزبور در حقوق ایران به تبع حقوق فرانسه در ماده ۹۶۹ ق. م. به این صورت ظاهر گشته است:

«اسناد از حیث طرز تنظیم (شکل سند) تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشند». در

---

۱. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۹۹.

۲. اصطلاح حاشیه‌نویسان به علمای کلاسیك حقوق بین‌الملل خصوصی اطلاق شده است. ر.ك. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۸۶.

۳. علمایی مثل هوبر (Huber) معتقد بوده‌اند اساساً قانون محل انعقاد عقد در کلیه مسائل قرارداد حاکم است و این قانون از لحاظ حکومت بر قرارداد حتی سلطه برون مرزی نیز دارد.

نتیجه سند تنظیم شده در خارج از ایران زمانی در ایران اعتبار داشته و به رسمیت شناخته می‌شود که مطابق قوانین محل تنظیم سند، تنظیم شده باشند. تنظیم کنندگان سند در خارج هم باید تمامی قوانین ماهوی و شکلی موجد حق را با دقت کامل رعایت کنند.

این قاعده در انگلستان و بسیاری از ممالك دنیا به صورت قاعده‌ای امری رعایت می‌شده است. اما با پیدایش آراء و نظرات جدید، خصوصاً دلایل توجیهی قاعده مزبور که مهم‌ترین آن تسهیل منافع متعاملین از ناحیه این قاعده عنوان شده است آن را از حالت امری بودن خارج نموده است. همچنین با توجه به اینکه در معاملات مربوط به اموال غیر منقول، اغلب این قبیل معاملات مستلزم انجام تشریفات ثبتی مبتنی بر مقررات محل وقوع مال غیر منقول است، لذا در مورد اخیر قانون محل وقوع مال غیر منقول بر مقررات شکلی و تنظیم سند حاکم شده و در موارد دیگر نیز حاکمیت قانون سبب که بر ماهیت قرارداد حاکم است به‌عنوان ضابطه‌ای اساسی در حال شکل گیری است.[۱]

بند ششم- قانون حاکم بر مسئولیت قراردادی

از آنجا که موضوع مسئولیت ناشی از شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد با موضوع مسئولیت قراردادی که از نقض عهد و تخلف از اجرای تعهد ناشی می‌شود و اغلب موارد در تقابل با مسئولیتهای مبتنی بر شرط جبران خسارت نظیر شرط مورد بحث، ارتباط فراوانی دارد لذا لازم دیدیم قانون حاکم بر مسئولیت قراردادی را نیز در این فراز مورد مطالعه قرار دهیم.

مسئولیت قراردادی را می‌توان حسب عقاید علمای کلاسیك حقوق بین‌الملل خصوصی تابع قانون محل انعقاد عقد که به نظر اینان در مورد کلیه مسائل مربوط به قرارداد حاکم است، دانست. البته با قبول این استثناء که طرفین اراده صریح مخالف آن نداشته باشند.[۲]

اما یك سؤال اساسی مطرح است و آن اینکه حدود توافق طرفین در هر قرارداد

---

۱. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۹۹.

۲. مرتضی نصیری، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران، چاپ پیکان، انتشارات ویسمن، ۱۳۵۲، ص ۳۴.

چیست؟ آیا علاوه بر ایجاد تعهد و توافق بر چگونگی اجرای آن، توافق بر مسائل مربوط به نقض عهد و مسئولیتهای ناشی از آن هم در محدوده قرارداد می گنجد یا خیر؟

برخی از صاحب نظران همانند بارتل معتقدند آثار فوری عقد تابع قانون محل وقوع (انعقاد) عقد است و آثاری که بعداً پدید می آیند و جنبه احتمالی دارند تابع قانون محل اجرا هستند.[۱]

به نظر می‌رسد قبل از هر گونه اظهار نظر، باید ماهیت مسئولیت قراردادی را شناخت. مسئولیت قراردادی رابطه‌ای است که بین داین و مدیون به وجود می آید و فی الواقع نوعی حق دینی است که تبعاً برای شناسایی قانون حاکم بر دین را هم باید مورد بررسی قرار داد. از سوی دیگر برای شناسایی قانون حاکم، تفکیك بین ماهیت، تشریفات و آثار هر قرارداد نیز ضروری است. آثار تعهدات نیز به نوبه خود به دو دسته متمایز تقسیم می‌شوند. آثاری که هنگام عقد قرارداد و ایجاد حق به وجود می آیند و آثاری که بعدها بر تعهد و قرارداد مزبور مترتب می‌شود.

با این مقدمه‌ای که گفته شد چنین به نظر می‌رسد که قانون حاکم بر مسئولیت قراردادی را باید از دو حیث و به دو اعتبار مدنظر قرارداد. نخست از حیث تعارض در زمان و از حیث تعارض در مکان قوانین متعارض.

از حیث تعارض در زمان، قانون حاکم بر زمان ایجاد حق را باید نسبت به آثار نخست، یعنی آثاری که در هنگام عقد به وجود می آیند، حاکم دانست. این آثار مثل حق اجرای تعهد و مطالبه موضوع تعهد همزمان با عقد قرارداد به وجود می آیند که طبعاً با گذشت زمان یا بروز حوادثی در آینده، این آثار از بین نخواهند رفت.

اما در مورد حقوقی که بعداً به وجود می آیند و مثلاً حقی که طلبکار برای گرفتن خسارت (به عنوان معادل و بدل از اصل حق) پیدا می کند، بسیاری معتقدند، اگرچه تحقق این حق منوط به نقض عهد از سوی متعهد است، اما چون همین دین بدل و جانشین تعهد اصلی می باشد، لذا همان قانونی که بر ایجاد و اجرای دین اصلی حاکم بوده باید بر این تعهد هم

---

۱. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۴۳.

حکومت نماید و تعهد به جبران خسارت را اداره کند.

در مقابل برخی نیز نظریه دیگری را پذیرفته و آن را قوی‌تر دانسته‌اند که اعلام می‌دارد، چون تعهد به جبران خسارت تعهد مستقلی است و این تعهد در نتیجه تخلف از اجرای تعهد به وجود می‌آید، لذا دنباله و بدل تعهد اصلی نیست، بلکه آن را باید در زمره آثار آینده عقد دانست و طبعاً قانونی که بر آن حکومت می‌کند هم قانون مربوط به روز ایجاد این مسئولیت خواهد بود.[۱]

از حیث تعارض در مکان نیز در خصوص حق دینی، عقاید و آرای متفاوتی وجود دارد. برخی معتقدند چون پایگاه دین در اقامتگاه دائن است، بنابراین قانون حاکم بر دین باید همان قانون اقامتگاه دائن باشد. کشورهای صنعتی و سرمایه فرست نظیر آمریکا و انگلیس طبیعی است که طرفدار این نظریه باشند چرا که به منظور تأمین منافع مادی آنها بهتر است قوانین خودشان را حاکم کنند.

عده‌ای دیگر نیز، هم عقیده با کشورهای سرمایه پذیر بوده و معتقدند اجرای قانون اقامتگاه مدیون (خوانده) منطقی‌تر است. زیرا، اولاً در محل اقامت خوانده که اموال او نیز در همانجا واقع است طرح دعوا و سپس اجرای حکم مناسب‌تر و راحت‌تر است.

ثانیاً این نظریه موجب تقارن صلاحیت قضایی و صلاحیت قانونگذاری خواهد شد.[۲]

در برابر دو نظریه مذکور (که به نظر می‌رسد نظریه دوم معقول‌تر هم باشد) نظریه سومی هم مشاهده می‌شود که پیروان آن، قانون صلاحیت‌دار را قانونی دانسته‌اند که حاکم بر منشأ دین می‌باشد. یعنی هر دینی را باید با توجه به منشأ آن مورد نظر قرارداد. اگر دین ناشی از قرارداد است، قانون حاکم بر آن هم، همان قانون حاکم بر قرارداد خواهد بود و اگر دین ناشی از جرم (مدنی) است باید قانون حاکم بر جرم (مدنی) را حاکم دانست.[۳]

در اینجا ذکر یك نکته دیگر را ضروری می‌دانیم و آن اینکه، لزوماً قانون حاکم بر

---

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، چاپ دوم، تهران، انتشارات کانون وکلای دادگستری، ۱۳۶۹، ص ۲۴۰ به بعد.

۲. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۴۰ ـ نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۱۹۴.

۳. نجادعلی الماسی، همان.

مسئولیت قراردادی همان قانون حاکم بر شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد نخواهد بود. خصوصاً اگر مطابق با نظر عده‌ای که مسئولیت قراردادی را دنباله تعهد اصلی می‌پندارند این تفاوت جدی‌تر خواهد بود. بنابراین وقتی که بین آنچه بر حسب مسئولیت قراردادی بر عهده متعهد قرار می‌گیرد با آنچه طبق شرط تعیین خسارت تخلف از اجرای تعهد معین شده است، تفاوت وجود داشته باشد، بدیهی است که تشخیص و شناسایی قانون حاکم بر هر یك از دو موضوع چقدر دارای اهمیت می‌باشد. به علاوه لازم به ذکر است که نظریه حاکمیت اراده بر اساس آنچه در مباحث پیشین گفته شد نقش اساسی خود را در این مقوله نیز می‌تواند ایفاء کند که نظر به عدم لزوم ذکر مجدد آن مباحث، از طرح آنها در اینجا خودداری می‌شود.

در خاتمه این بند برای اینکه نیم نگاهی هم به قواعد پذیرفته شده بین‌المللی داشته باشیم، یادآور می‌شویم که یکی از مهم‌ترین تلاشهای بین‌المللی در جهت تدوین قواعد مقبول نظامهای حقوقی مختلف جهان و با منظور همسو نمودن قوانین داخلی کشورها، کنوانسیون رم مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ است که در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی وضع شده و از آوریل ۱۹۹۱ نیز لازم‌الاجرا گردیده است. انگلستان هم از جمله کشورهایی است که پس از وضع قانون قراردادهای ۱۹۹۰ میلادی کنوانسیون مزبور را مورد تصویب مجلس خود قرارداد.

در هر حال کنوانسیون مورد اشاره با طرح این اصل در صدر ماده ۳ خود که «قرارداد تابع قانون منتخب طرفین است» بر اصل حاکمیت اراده به طور صریح صحه گذاشت و بر ایرادها و انتقادهای نظری ارائه شده وقعی ننهاد. این انتخاب، انتخابی مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی است. بر اساس آن در صورتی که حتی بعد از امضای قرارداد، قانون منتخب تغییر کند، بازهم قانون منتخب، لازم‌الاجرا است.

گفتار دوم ـ تعیین قانون حاکم با توجه به ضوابط عینی

مقبولیت اصل حاکمیت اراده به قدری نهادینه و پذیرفته شده است که علاوه بر اراده

صریح و ضمنی، اراده فرضی نیز مد نظر و مورد عنایت محاکم و حقوقدانان قرار دارد. به دنبال این اهتمام و به منظور دستیابی به اراده واقعی متعاملین، دادگاهها سعی دارند دلیل و توجیه لزوم جستجو برای کشف قانون مناسب را هم دستیابی و کشف اراده فرضی متعاملین قلمداد کنند. اینان معتقدند همین که در صدد یافتن قانون مناسب حاکم بر قرارداد هستیم، بدین خاطر است که چون متعاملین به طور حتم با حاکمیت قانونی موافق هستند که بیشترین ارتباط را با قراردادشان داشته باشد، لذا کشف قانون مناسب یعنی دستیابی به اراده فرضی متعاملین و این هم به نوبه خود یعنی اعمال حاکمیت اراده.

پروفسور استنبرگ[1] گفته است، در اغلب قراردادها اثری از توافق متعاملین درخصوص قانون صلاحیت‌دار به چشم نمی‌خورد، لذا جستجو برای یافتن اراده واقعی متعاملین، در حالی که هیچ اراده‌ای اظهار نشده است، صرفاً یك سرگرمی حقوقی است.[2]

از سوی دیگر نظریه پردازان بزرگ حقوق بین‌الملل خصوصی گفته‌اند، قرارداد باید تابع قانونی باشد که واقعی ترین ارتباط را با آن قانون داشته باشد. این دسته از مؤلفان نیز در جستجوی ضوابطی عینی هستند تا بر اساس آن قانون موردنظر را کشف کنند.[3]

اما با دقت در گفته‌های اینان و طبق آنچه مقدمتاً بیان شد هم طرفداران ضوابط عینی و هم کسانی که خود را ملزم به کشف اراده متعاملین می‌دانند، در عمل یك هدف و یك روش را تعقیب می‌کنند. بدیهی است که هر دو گروه به دنبال کشف مناسب‌ترین قانون هستند و این امر نیز چیزی جز خواسته متعاملین نخواهد بود.

در هر حال علاوه بر ارجاع امر به اصل حاکمیت اراده که در بند پیشین به تفصیل بحث شد، یکی دیگر از طرق کشف قانون صلاحیت‌دار استفاده از ضوابط عینی است. تعیین قانون صلاحیت‌دار، ارجاع به قانونی است که متعاملین قصد حاکمیت آن را نسبت به قراردادشان داشته و اگر قصد آنها نیز صریحاً ابراز نشده باشد باید از طریق بررسی اوضاع و

---

1. Stunberg.

۲ مرتضی نصیری، حقوق چند ملیتی، پیشین، ص ۸۲.

3. Dicey and Morris , Op. Cit . P.747.

احوال کشف گردد. در غیر این صورت قانون صلاحیت‌دار قانونی است که با قرارداد نزدیکترین و واقعی‌ترین ارتباط را دارا باشد. بدین ترتیب محاکم در جایی که هیچ دلیل یا قرینه‌ای دال بر وجود اراده متعاملین نمی‌یابند، مبادرت به اعمال ضوابطی می کنند که منجر به کشف نزدیکترین و مناسبترین قانون به قرارداد شود. قاضی لرد دیپلاك در دعوای امین رشید علیه شرکت بیمه کویتی[1] صریحاً به همین نکته اشاره می کند که در صورت عدم دسترسی به اراده صریح متعاملین و یا عدم دسترسی به آن از طریق شواهد و قرائن، باید به قانونی که نزدیکترین رابطه را با قرارداد داشته باشد، ارجاع داد.[2]

بدین ترتیب در جایی که اراده متعاملین نه صریحاً و نه ضمناً قابل کشف نیست، ناگزیر باید سراغ قانونی برویم که منطقی ترین ارتباط را با قرارداد دارا باشد. به همین منظور نظریه اعمال ضوابط عینی در اغلب مسائل قرارداد از جمله شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد می تواند در جهت نیل به قانون صلاحیت‌دار ایفای نقش کند. اینك ناگزیریم هریك از این ضوابط را جداگانه مورد بحث قرار دهیم:

بند اول- قانون محل انعقاد عقد[3]

این ضابطه با دو سؤال فرعی اما در عین حال مهم روبروست. سؤال اول اینکه محل انعقاد عقد در جایی که متعاملین حضوری و در مجلس مشخصی حاضر نیستند، کجاست؟ عقود مکاتبه‌ای یا تلفنی از جمله این عقود محسوب می شوند.

سؤال دوم اینکه چون شناخت محل انعقاد عقد موکول به شناخت زمان انعقاد عقد است، لذا ابتدا باید این امر روشن شود که زمان انعقاد عقد چه زمانی می‌باشد؟ در عقد مکاتبه‌ای، که قابل عقد را می‌پذیرد، قبول او از چه زمانی محسوب می شود؟ مثلاً در کامن‌لا انعقاد عقد در قراردادهای مکاتبه‌ای با پست کردن قبولی صورت می گیرد. در حالی که نظریه‌های دیگری مثل نظریه اعلام، نظریه وصول و امثال آنها در کشورهای مختلف از

---

1. Amin Rasheed V .kuwait Isunance co (1984) 1 A C 50.

۲. حشمت الله سماواتی، حقوق معاملات بین المللی، چاپ اول، تهران، انتشارات ققنوس، سال ۱۳۷۷، ص ۲۹۳.

3. Lex loci contractus .

اعتبار بیشتری برخوردارند. قاعده قبول پستی[1] در انگلیس به قدری معتبر است که اگر قبول به وسیله پست درخواست شده باشد و یا این روش، شیوه معقول تلقی شود، حتی چنانچه پس از پست کردن، رسیدن نامه با تأخیر مواجه شود، یا نامه از بین برود و یا در ادارات پست گم شود بازهم قبولی معتبر است.[2]

در هر حال قاعده محل انعقاد عقد به عنوان یك عامل مشخص ارتباط از قدیم الایام مورد توجه بوده است[3] و به دلیل قرابت آن با قاعده حاکمیت قانون محل تنظیم سند بر مسائل شکلی قرارداد، سبب می‌شده است که قضات را از لزوم تفکیك مسائل شکلی از مسائل ماهوی خلاص کند. در حال حاضر بسیاری از کشورها صحت قرارداد را از حیث اهلیت طرفین معامله تابع قانون محل وقوع قرارداد می‌دانند. از جمله در تعدادی از ایالات آمریکا، ایتالیا، آلمان، سوئد، سوئیس، یونان و پاره‌ای کشورها این قاعده حکمفرماست.[4]

در خاتمه این فراز یادآور می‌شویم، با توجه به آنچه در خصوص شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد گفته‌ایم، چنانچه آن را تعهدی مستقل تلقی کنیم، علی القاعده محل انعقاد شرط، صرف نظر از محل انعقاد قرارداد اصلی، بر اساس تئوری مورد بحث ملاك عمل خواهد بود. ضمناً یادآور می‌شویم که نظر به احتراز از اطاله کلام دیدگاه حقوق ایران را در مبحث بعدی به طور یکجا بررسی می کنیم.

بند دوم ـ قانون محل اجرای قرارداد[5]

از آنجا که معمولاً محل اجرای تعهدات فروشنده با محل اجرای تعهدات خریدار خصوصاً در بیع و تجارت بین‌المللی متفاوت است، لذا تعیین محل واحد برای قراردادهای بین‌المللی با دشواری خاصی مواجه است. در قراردادهایی که اساساً محل اجرای مشخص

---

1. Postal rule.

2. Robert Duxbury, Op .Cit .P. 9.

۳ . بارتولوس (Bartulus) از شارحین حقوق رم (سالهای ۱۳۱۷ـ۱۳۱۴ م.) معتقد بود: قانون محل انعقاد عقد بر تمام جنبه‌های آن از جمله شکل و ماهیت آن حاکم است. ر.ك: . Lando, Op. Cit. P.5

۴ . ربیعا اسکینی، پیشین، ص ۸۵.

5. Lex Loci Actus = Lex loci Solutionas.

ندارند، مثل قرارداد بیمه خسارت اتومبیل که توسط شرکتهای بیمه بزرگ صورت می گیرد، پیچیدگی این مسئله مضاعف خواهد بود.

بر همین اساس در کشورهایی که قانون محل اجرای قرارداد ملاك تعیین قانون صلاحیت‌دار است محکمه بر اساس ضوابط معینی «محل اجرای فرضی قرارداد» را تعیین می کند.[۱]

از نظر ساوینی که نخستین بار محل اجرای قرارداد را پایگاه و مرکز ثقل قرارداد تلقی کرد و آن را بر محل انعقاد قرارداد ترجیح داد، ارتباط قرارداد با قانون محل انعقاد تصادفی محسوب می‌شود. برخلاف قانون محل اجرای قرارداد که واجد جنبه طبیعی بوده و از حیث تنظیم رابطه حقوقی، طرفین بیش از هر چیز به محل و امکانات اجرای قرارداد توجه دارند. این تئوری اگرچه با اشکالات پیش گفته نیز مواجه بوده و بسیاری از کشورهای دارای حقوق نوشته آن را نپذیرفته‌اند، اما در عین حال اغلب کشورها از جمله همان کشورهای دارای حقوق نوشته نیز حداقل نسبت به برخی از مسائل و تعهدات قراردادی از این قاعده بهره‌مندند.[۲]

در بند ۲ ماده ۱۰ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، مسائل و موضوعاتی که با طبیعت اجرای قرارداد مرتبط هستند و یا در خصوص اقداماتی که هنگام اجرای ناقص و معیوب قرارداد باید صورت گیرد، قانون محل اجرای قرارداد مد نظر می‌باشد. کنوانسیون قانون قابل اعمال درقراردادهای بیع بین‌المللی ۱۹۸۶ وین نیز اگرچه همانند کنوانسیون رم صریحاً قانون محل اجرای قرارداد را ملاك اصلی قلمداد نکرده است، اما بر اساس ماده ۸ کنوانسیون مزبور، قانون محل تجارت فروشنده در زمان انعقاد قرارداد که اغلب همان محل اصلی

---

۱. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۸۵.

۲. دیوان عالی آلمان در سال ۱۹۲۱ قانون محل اجرای قرارداد را به عنوان یك ضابطه اصلی پذیرفت. در انگلستان اگرچه این قاعده به عنوان یك ضابطه مطلوب پذیرفته شده است اما قاعده انحصاری نیست. در فرانسه و ایتالیا محاکم به عنوان کشف اراده متعاملین بعضاً این قاعده را اعمال می کنند. در آمریکا با وجود تأثیر اندیشه استوری (story) در حقوق بین‌الملل خصوصی آن، طبق نظر لورنزن، محاکم آن کشور قانون محل انعقاد را به عنوان ضابطه اساسی می‌شناسند، لیکن در جایی که اعمال قانون محل اجرا، حسب شرایط قرارداد، قابل تطبیق با اراده متعاملین باشد، این قاعده مقدم است.

اجرای قرارداد است، ملاك تعیین قانون صلاحیت‌دار محسوب می‌شود که در واقع همان نتیجه مندرج در کنوانسیون رم را به دنبال خواهد داشت.

در حقوق ایران نسبت به قانون حاکم بر ایجاد قرارداد و شرایط اساسی آن سخنی به‌میان نیامده است. لذا ناچاریم به موجب ماده ۵ قانون مدنی این قبیل مسائل را تابع قانون ایران بدانیم، مگر اینکه طرفین صریحاً یا ضمناً چیز دیگری را اراده کرده باشند. اما در عین حال این قاعدهٔ حاکمیت قانون محل انعقاد عقد، در خصوص اهلیت طرفین طبق ماده ۷ ق.م و با رعایت ماده ۹۶۲ همان قانون، با استثناء حاکمیت قانون متبوعه طرفین روبروست.

نسبت به تعهدات ناشی از عقود، قواعد حل تعارض و مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی ایران از عمق و دقت مناسبی برخوردار نیست. مهم‌ترین قاعده در این رابطه ماده ۹۶۸ ق. م. است. در این ماده آمده است: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.» ماده‌ای که آورده شد متضمن چند نکتهٔ در خور توجه است. اولاً صدر ماده مبتنی بر قاعدهٔ شناخته شده حقوق بین‌الملل خصوصی موسوم به قاعدهٔ «قانون محل انعقاد عقد» است. ثانیاً چنانچه طرفین قرارداد هر دو ایرانی باشند و محل انعقاد قرارداد هم ایران باشد، صدر ماده به صورت قاعده‌ای امری در آمده و حق حاکم کردن هر قانون دیگری از طرفین سلب شده است. ثالثاً اگر حداقل یکی از طرفین هم ایرانی‌باشند بازهم وضعیت مثل فرض پیشین است. رابعاً در صورتی که متعاقدین هر دو خارجی باشند، حتی در صورتی که محل عقد قرارداد ایران هم باشد، اما طرفین حق دارند قوانین سایر کشورها را حاکم سازند. خامساً اگر صدر ماده را قاعده‌ای امری تلقی کنیم، که چنین هم هست، چنانچه طرفین هر دو ایرانی در خارج از ایران اقدام به عقد قرارداد نمایند آنان نیز حق ندارند قانون ایران را بر قراردادشان حاکم سازند. علاوه بر آنکه اگر یکی از طرفین ایرانی باشد و در خارج از ایران قراردادی را منعقد سازند هر چند هر دو نیز تمایل به حاکمیت قوانین ایران داشته باشند، چنین حقی از آنها سلب شده است.

ایرادها و نواقص قاعدهٔ مذکور خصوصاً در شرایط به‌وجود آمده در عرصه تجارت بین‌الملل روشن است و اصلاح آن ضروری و اجتناب ناپذیر می‌باشد.

در هر حال شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد با توجه به هر یك از جنبه‌های خود از قواعد فوق مستثنا نیست. به موجب قواعدی که از کشورهای ایران، آمریکا، انگلیس گفته شد محل انعقاد یا محل اجرای شرط حسب مورد می تواند ملاکی برای تعیین قانون حاکم بر شرط به نحو استقلالی یا بر کل قرارداد(بافرض تبعی بودن شرط) حاکم باشد.

بند سوم- قانون اقامتگاه مدیون (متعهد)[1]

اقامتگاه مدیون در کنار دو ضابطه عینی‌ای که تاکنون مورد بحث قرار گرفته‌اند از جمله مهم‌ترین ضوابطی هستند که در حقوق بین‌الملل خصوصی مورد توجه قرار دارند. اما در عین حال ضوابط دیگری هم وجود دارند که از جانب پروفسور باتیفول احصاء گردیده و مؤلفان حقوق هم آنها را مورد استفاده قرار داده‌اند.

در این میان ضابطه اقامتگاه مدیون، نسبت به قانون کشور متبوع مدیون از توجه و اهمیت بیشتری برخوردار شده است.[2]

ضمن اینکه اختلاف دیرینه نظام حقوقی کامن‌لا با کشورهای دیگر در مورد مفهوم اقامتگاه مانعی بر سر راه پذیرش این قاعده در قراردادها محسوب می‌شود، اشکالها و ایرادهای دیگری هم از سوی مخالفان این نظریه مطرح گردیده است که به دلیل احتراز از اطاله بحث از طرح آنها خودداری می‌شود.

اما موافقان این نظریه در توجیه آن چنین استدلال می کنند که چون معمولاً اشخاص مطابق با قوانین و مقررات محل اقامتشان برای خود ایجاد تعهد می کنند و از سویی نیز چون اموال و دارایی متعهد در محل اقامتش متمرکز است و در همان محل هم می توان علیه او

---

1. Lex Promisors domicil.

۲. در انگلستان قراردادهای بیمه تابع قانون محل تجارت شرکت بیمه، قراردادهای مربوط به اداره کشتی تابع قانون پرچم کشتی و قراردادهای نمایندگی تجارتی هم تابع قانون محل تجارت اصیل، ولی قراردادهای با دیگران در سمت نمایندگی تابع قانون ملی نماینده می‌باشد. ر.ك.

Lundi, Law of International Trade , Op. Cit . P. 296.

طرح دعوا کرد، لذا تقارن صلاحیت قضایی با صلاحیت قانونگذاری ایجاب می کند که قرارداد را تابع قانون اقامتگاه متعهد (مدیون) بدانیم.

اگرچه کشورهایی نظیر سوئد و آلمان با نظریه مزبور توافق نسبتاً بیشتری نشان می‌دهند[۱] اما در عین حال این ضابطه عملاً مورد توجه قرار نگرفته است.

ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، با تأثیر از رویه قضایی چندین کشور عضو اتحادیه اروپا از جمله انگلستان، قاعده‌ای وضع نموده است که تا حدود زیادی با قاعده مورد بحث شباهت و نزدیکی دارد. در ماده مذکور آمده است: هرگاه طرفین قانون حاکم را انتخاب نکرده باشند، قرارداد تابع قانون کشوری است که با آن کشور نزدیکترین رابطه و پیوند را دارا باشد. ثانیاً فرض چنین است که این کشور همان کشور محل سکونت معمولی طرفی است که اجرای تعهد شاخص قرارداد را بر عهده دارد.[۲]

پیش از این، کنوانسیون ۱۹۸۶ وین را نیز نقل کردیم که محل اجرای تعهد که همان محل تجارت فروشنده است، ملاکی است برای تعیین قانون صلاحیت‌دار، اما همان کنوانسیون ابتدا در بند ۱ ماده ۱۴ آورده است: هرگاه یکی از طرفین بیش از یك محل تجارت داشته باشد، محل تجارت ذیربط او جایی است که نزدیکترین رابطه را با قرارداد و اجرای آن داشته باشد. سپس در بند دوم همان ماده اظهار می‌دارد: هرگاه یکی از طرفین فاقد محل تجارت باشد، محل اقامت معمولی او ملاك عمل قرار خواهد گرفت.

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که ضابطه قبول قانون حاکم بر قرارداد بر اساس ملاك اقامتگاه مدیون، اگرچه ضابطه اصلی محسوب نمی‌شود، اما در عین حال در مهم‌ترین دستاوردهای بین‌المللی حقوقدانان جهان جایگاهی شناخته شده و مقبول دارد.

---

۱. رابل، **مطالعه تطبیقی تعارض قوانین**، ج ۲، ص ۴۷۵ به نقل از مرتضی نصیری، پیشین، ص ۹۱.

۲. تعهد شاخص، تعهد ویژه‌ای است که محور اصلی قرارداد بوده و موجب تمایز آن از سایر تعهدات می‌گردد. مثلاً در عقد بیع تعهد به تحویل مبیع از سوی فروشنده تعهدی ویژه است نه پرداخت ثمن.

فهرست منابع و مآخذ

منابع فارسی

الف) کتب

۱. اسکینی، ربیعا، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران، نشر دانش امروز، ۱۳۷۱.

۲. افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، مجموعه حقوق تطبیقی، ش ۱، تهران، ۱۳۴۶.

۳. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، چاپ اول، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸.

۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، دوره ۶ جلدی، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۴.

۵. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، دوره ۲ جلدی، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۷.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی، عقد کفالت، انتشارات دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۷.

۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی، رهن و صلح، ج ۱، چاپ اول، تهران، ۱۳۴۹.

۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۵، چاپ سوم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۵.

۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، چاپ اول، تهران، مشعل آزادی، ۱۳۳۷.

۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.

۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی، عقد ضمان، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی کتابهای جیبی، ۱۳۵۲.
۱۳. جنیدی، لعیا، قانون حاکم بر داوریهای تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
۱۴. حسینی‌نژاد، حسینقلی، مسئولیت مدنی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
۱۵. داراب‌پور، مهراب، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، کنوانسیون ۱۹۸۰ به قلم ۱۸ تن از حقوقدانان دانشگاههای معتبر جهان، ج ۲، ترجمه، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴.
۱۶. دیوید، رنه، نظام‌های حقوقی معاصر، ترجمه آقایان صفائی، آشوری و عراقی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴.
۱۷. سماواتی، حشمت‌الله، حقوق معاملات بین‌المللی، چاپ اول، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۷.
۱۸. شاپیرا، ژان، حقوق بین‌الملل بازرگانی، مترجم ربیعا اسکینی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۷۱.
۱۹. شهابی، محمود، قواعد فقه، چاپ چهارم، انتشارات چاپخانه دانشگاه، ۱۳۳۳.
۲۰. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۲۱. شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.
۲۲. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
۲۳. شورای نگهبان، مجموعه نظریات، ج ۱ و ۲، تهران، اداره کل قوانین و مقررات کشور، ۱۳۶۹.
۲۴. صفائی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، ج ۲، چاپ اول، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱.
۲۵. صفائی، سیدحسین، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴.
۲۶. صفائی، سیدحسین، مقالاتی در حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۵.
۲۷. عبده (بروجردی)، محمد، کلیات حقوق اسلامی، دانشکده علوم معقول و منقول، مؤسسه وعظ و تبلیغ اسلامی، آبان ۱۳۳۵.
۲۸. عبده (بروجردی)، محمد، حقوق مدنی ایران، چاپ اول، تهران، کتابفروشی علمی، ۱۳۲۹.
۲۹. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ اول، انتشارات بحرالعلوم قزوین. ۱۳۷۳.
۳۰. عنایت، سیدحسین، تنظیم معاهدات بین‌المللی، در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر، چاپ اول، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج. ا. ا، ۱۳۷۰.

۳۱. کاتبی، حسینقلی، فرهنگ حقوقی فرانسه ـ فارسی، تهران، ۱۳۳۷.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳و۴، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸.
۳۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس، ۱۳۷۲.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۹.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، چاپ دوم، تهران، انتشارات کانون وکلاء دادگستری، ۱۳۶۹.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
۳۷. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ اول، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۰.
۳۸. کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، کتابفروشی دهخدا، ۱۳۶۲.
۳۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود اذنی، وثیقه‌های دین، چاپ اول، تهران، بهنشر، ۱۳۶۴.
۴۰. کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض ـ عقود تملیکی، چاپ چهارم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۱.
۴۱. کاتوزیان، حقوق مدنی، وقایع حقوقی، چاپ دوم، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
۴۲. لوراسا، میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه محمد اشتری، تهران، مؤسسه اطلاعات حقوق اسلامی و تطبیقی، ۱۳۵۹.
۴۳. متین دفتری، احمد، آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ دوم، تهران، ۱۳۴۲.
۴۴. متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضائی، قسمت حقوقی، نظریات دیوان عالی کشور، ۱۳۱۱تا۱۳۳۰.
۴۵. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، چاپ اول، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۳.
۴۶. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۷۴.
۴۷. معین، محمد، فرهنگ فارسی، دوره شش جلدی، امیر کبیر، ۱۳۶۴.
۴۸. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، چاپ دوم، تهران، نشر میلاد، سال ۱۳۷۲.
۴۹. نصیری، مرتضی، حقوق چندملیتی، چاپ اول، تهران، نشر دانش امروز (ندا)، ۱۳۷۰.
۵۰. نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران، مؤسسه تحقیقات و انتشارات ویسمن، چاپ پیکان، ۱۳۵۲.

ب) جزوات و مقالات

۵۱. جان ورنت، ویلیام پی استاتسکی ـ آر، آشنایی مختصر با سیستم قضائی آمریکا، ترجمه، دکتر اکبر

شیرزادی، مجله کانون وکلاء، شماره ۵، سال ۱۳۷۰.

۵۲. جلالیان، جزوه عدم‌النفع در دعاوی بین‌المللی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.

۵۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، جواز در عقود و ایقاعات، تحولات حقوق خصوصی، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، سال ۱۳۷۱.

۵۴. دریس کول، ریچارد جی، نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۱، سال ۱۳۶۳.

۵۵. شهیدی، مهدی، مقاله قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۲۰ـ۱۹، سال ۱۳۶۷.

۵۶. شهیدی، مهدی، جزوه درسی حقوق مدنی ۳، دانشگاه شهید بهشتی، سال ۶۶ـ۶۷.

۵۷. صفائی، سیدحسین، قوه قاهره یا فورس ماژور، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش۳، سال ۱۳۶۴.

۵۸. فتحی‌پور، علی، ضمانت در معاملات بین‌المللی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش، سال ۱۳۶۹.

۵۹. گرجی، ابوالقاسم، جزوه عدم‌النفع در حقوق اسلامی، دفتر خدمات حقوق بین‌المللی، تحقیق شماره ۳۵۸.

۶۰. گرجی، ابوالقاسم، مقاله تعهدات ناشی از قرارداد در حقوق اسلام، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، شماره‌های ۱ و ۲، سال ۱۳۳۵.

۶۱. وریز، هنری دو (Henry P. de Vries)، داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۲۱، سال ۱۳۷۶.

ج) پایان‌نامه‌ها

۶۲. اسپرهم، کاظم، حق حبس، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۳.

۶۳. شعاریان ستاری، ابراهیم، مطالعه تطبیقی شرط وجه التزام، دانشگاه تهران، ۷۱ـ۱۳۷۰.

۶۴. نصیری خوزانی، مصطفی، نیروی اجبار کننده قراردادها، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.

منابع عربی

۶۵. ابن قدامه، عبدالله ابن احمد، المغنی، کتاب الوکالة، ج ۵، چاپ اول، بیروت، دارالفکر، ۱۹۸۵ م.

۶۶. ابن نجیم، شیخ زین‌العابدین‌بن‌ابراهیم، الاشباه والنظایر، یك‌جلدی، چاپ قاهره، ۱۹۶۸ (فقه‌حنفی).

۶۷. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، چاپ سنگی، چاپ دوم، قم، انتشارات تقی علامه، ۱۳۶۷.
۶۸. ابو ستیت، احمد حشمت، نظریة‌الالتزام فی القانون المدنی المصری، ج ۱، قاهره، شرکت مشاهمه مصری، ۱۹۴۵.
۶۹. البعلبیکی، منیر، المورد، قاموس انگلیسی-عربی، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۸۹.
۷۰. جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۷۱. الجوزیه، ابن قیم، اعلام الموقعین، ج ۳، لبنان، بیروت، دارالجیل، بدون تاریخ انتشار.
۷۲. جوهری، اسماعیل ابن حماد، صحاح اللغة، ج ۲، لبنان، بیروت، دارالعلم للملایین.
۷۳. حر عاملی، شیخ محمدبن الحسن، وسائل الشیعه، ج ۱۸، چاپ چهارم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ هـ. ق.
۷۴. حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۴و۵، لبنان، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۷۵. حلی (علامه)، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع‌الاسلام، کتاب الوکالة، چاپ سنگی، تهران، مکتبة العلمیةالاسلامیة، ۱۳۷۷ هـ. ق.
۷۶. حلی (علامه)، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، مختصر النافع، کتاب الودیعه والعاریه، چاپ اول، قم، انتشارات لقمان، ۱۳۶۸.
۷۷. حلی (علامه)، ابو جعفر حسن یوسف المطهر، تذکرةالفقهاء، ج ۱، کتاب البیع، فی احکام الشروط فی ضمن العقد، چاپ سنگی، ۱۲۷۲ هـ. ق.، بدون شمارگان صفحه.
۷۸. حلی (علامه)، ابو جعفر حسن یوسف المطهر، تحریرالاحکام، چاپ‌سنگی، ۱۳۱۴ هـ. ق.
۷۹. خراسانی، آخوند محمدکاظم، حاشیهٔ کتاب المکاسب، چاپ اول، تهران، وزارت ارشاد، ۱۳۶۴.
۸۰. خوانساری، شیخ موسی و میرزا حسن نائینی، منیةالطالب، شرح مکاسب، چاپ سنگی، تهران، چاپخانه حیدری.
۸۱. خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۲و۳، چاپ نجف، حیدری.
۸۲. خویی، سیدابوالقاسم، منهاج‌الصالحین، ج ۲، لبنان، بیروت، دارالزهرا، بدون تاریخ انتشار.
۸۳. ذنون، حسن علی، احکام الالتزام.
۸۴. رشتی، حاج میرزا حبیب‌الله، اجاره، تك جلدی، چاپ سنگی، تهران.
۸۵. رشتی، حاج میرزا حبیب‌الله، کتاب الغضب، چاپ سنگی.
۸۶. الزبیدی، محمد مرتضی، تاج‌العروس من جواهر القاموس، لبنان، بیروت، دارالتراث.

۸۷. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، نظریة الالتزام بوجه عام، ج۱، لبنان، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۸۸. طباطبائی، سیدعلی، ریاض، شرح مختصر النافع، در دو مجلد، ج ۲، کتاب الغصب، چاپ سنگی، بدون تاریخ انتشار.
۸۹. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، چاپ سنگی، چاپ افست، سازمان چاپ مهر، تهران، دار المعارف الاسلامیه، مؤسسه دار العلم، ۱۳۷۸ هـ. ق.
۹۰. طباطبائی، سیدمحمدکاظم، عروةالوثقی، ج ۲، صیدا، ۱۳۴۹ هـ. ق.
۹۱. طباطبائی، سیدمحمدکاظم، سؤال و جواب، مطبعة الحیدریه، نجف اشرف، ۱۳۴۰ هـ. ق.
۹۲. طریحی، شیخ فخرالدین، مجمع البحرین، دوره سه جلدی، چاپ دوم، تهران، مرتضوی، ۱۳۶۲.
۹۳. طوسی، شیخ محمدبن الحسن بن علی، نهایة، کتاب المتاجر، باب الودیعه و العاریه، قم، انتشارات قدس محمدی.
۹۴. طوسی، شیخ محمدبن‌الحسن‌بن‌علی، مبسوط، مجلدات ۲و۳و۸، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۵۱.
۹۵. طیب، سیدعبدالحسین، اطیب البیان، فی تفسیر القرآن، ج ۲، کتابفروشی اسلام، چاپ محمدی، اصفهان، بدون تاریخ انتشار.
۹۶. عاملی، زین‌الدین ابن نور الدین (شهید ثانی)، شرح لمعه، با تعلیقیه سید محمد کلانتر، ج ۳، لبنان، بیروت، دار العالم الاسلامی، بدون تاریخ انتشار.
۹۷. عاملی، زین‌الدین ابن نور الدین (شهید ثانی)، مسالك الافهام، شرح بر شرایع محقق، ج ۱، چاپ سنگی، در دو مجلد، تهران، ۱۳۱۰.
۹۸. عاملی کرکی، ابوالحسن بن حسین بن عبدالعالی (محقق کرکی)، جامع المقاصد، دوره ۱۳ جلدی، ج ۱و۴، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۹۹. قلعه جی و. د، ا. د. محمدرواس، و قنیبی حامد صادق، معجم لغةالفقهاء، عربی ـ انگلیسی، چاپ دوم، لبنان، بیروت، دار النفائس.
۱۰۰. قریشی، سیدعلی اکبر، قاموس قرآن، دوره سه جلدی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۵۲.
۱۰۱. قمی، میرزا ابوالقاسم جیلانی (میرزای قمی)، جامع الشتات (مجموعه فتاوا)، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
۱۰۲. مامقانی، عبدالله، مناهج المتقین فی فقه ائمة الحق و الیقین، قم، مطبعة الشهید، احیاء التراث، ۱۴۰۴هـ.ق.

۱۰۳ . مجلسی، علامه، بحارالانوار، مؤسسةالوفاء، لبنان، بیروت، ۱۴۰۳ هـ. ق.

۱۰۴ . محمصانی، صبحی، محاضرات فی القانون المدنی اللبنانی، (آثار الالتزام)، لبنان، بیروت، ۱۹۵۳ .

۱۰۵ . مروارید، علی اصغر، الینابیع الفقهیه، ج ۱۵، چاپ اول، تهران، حکمت، ۱۴۰۶ هـ. ق.

۱۰۶ . موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۳و۵، چاپ دوم، قم، انتشارات اسماعیلیان، سال انتشار به ترتیب ۱۳۷۱ و ۱۳۶۸ .

۱۰۷ . موسوی خمینی، سید روح الله [امام خمینی(ره)]، کتاب البیع، ج ۴و۵، قم، مؤسسه اسماعلیان، بدون تاریخ انتشار .

۱۰۸ . میرفتاح، عناوین (العناوین)، چاپ سنگی، نجف اشرف، ۱۲۹۷، هـ. ق.

۱۰۹ . نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، مجلدات ۲۳، ۲۷، ۳۷ و ۴۰، چاپ تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۸ هـ. ق.

۱۱۰ . نراقی، ملا احمد، عوائدالایام، چاپ سنگی، چاپ مکتبة بصیرتی، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۸ هـ. ق.

۱۱۱ . نوری طبرسی، حاج میرزا حسین، مستدرك‌الوسائل، ج ۱۳ (باب ۵ از ابواب خیار)، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ هـ. ق.

۱۱۲ . وزارة اوقاف المصر، موسوعةالفقه‌الاسلامی المقارن (موسوعة جمال عبدالناصر)، ج ۱، قاهره، المطبعةالمجلس الاعلی، ۱۹۹۰ .

منابع انگلیسی

113. American Law Institute Restatement of the Law second, conflict of Laws, 3. vols,st. paul Minn, 1971.

114. Anson (Wiliam R) English Law of Contract, 21th. ed., Oxford at the clarendonpress 1961.

115. Atiyah (p.s), The Rise and Fall of Freedom of contract, Clarendon press, Oxford, 1979.

116. Barker (David) & Padfield, Law, 8th. ed., London, clays Ltd., 1992.

117. Beatson (J.), Anson's Law of contract, 27th. ed., oxford university press, 1998.

118. Bell (John), Principles of French Law, Sophie Boyron and Simon hittaker, oxford,university press, 1998.

119. Black, Henry Campbel (M.A.), Black's Law Dictionary, 5th. ed., West

publishing co., 1983.

120. Bridge (Michael), The sale of goods, First ed., Oxford university press, 1997.

121. Burrows (A.S), Remedies for Torts and Breach of Contract, Batterworth, London, First ed.,1987.

122. Calamari and perillo, The Law of contract, second ed., West publishing co,1977.

123. Campbell (Henry) Black, M.A., Black's Law Dictionary, West publishing co, 1983.

124. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract, 12th. ed., London, Butterworths, 1991.

125. Cheshire and North, Private International Law, 11th. ed., London, Butterworths, 1987.

126. Corbin (Arthur Linton), Corbin on Contracts, vol. 5, U.S.A., West poblishing co,1983.

127. Cowan (Thomas Antony), American Jurisprudence, vol 49, New York city, Oceana, publications, 1956.

128. Delawme (G.R.), Transnational contracts, Law and practice Booklet, 6th. ed.,1983.

129. Dicey and Morris, On the conflict of Laws, 9th. ed., London, Butterworths. 1976.

130. Dobson (Paul) Business Law, 16th ed., London, Sweet & Maxwell, 1997.

131. Duxbury (Robert), Contract in a Nutshell, 3th ed., London, Sweet and Maxwell.

132. Encyclopedia, Britannica, vol. 9-13, U.S.A, William Benton, publisher, 1971.

133. Gareth Jones &William, Specific performance, London, Butterworths, 1986.

134. Gordon (D. Schaber) & Claude (D.Rohwer), Contracts in a Nutshell, Second ed., London, West publishing co, 1989.

135. Graveson (Ronald & Harry), The conflict of Laws, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 1974.

136. Guest (A.G) The common Law Library, No 11, Benjamin's sale of goods,

3th.ed., London, Sweet & Maxwell, 1974.

137. Guest ,(A.G), Chitty on contract, vol I, 26th ed., London, Sweet & Maxwell, 1989.

138. G.G.G. ,(Gerald, George, Gregory)., Robb, An Outline of Law contract and Tort, The. Estates Gasette Limited, 3th ed., London, 1953.

139. Halsbury (H.S.G), Halsbury's, Laws of England, vol 28th, 4 ed., London, Sweet Maxwell, 1973.

140. Hanblin & F.B.Wight, Introuduction to commercial Law, second ed., London, Sweet & Maxwell, 1982.

141. Honnold (John. O), Uniform Law for International sales under the 1980, United Nations convention, 2th ed., Kluwer Law and Taxation publishers, 1987.

142. John Adams & Roger Browns word, Understanding contract Law, 2th ed.,London Fontana, 1988.

143. Oconnell John F, Remedies ina Nutshell, 2th. ed., U.S.A, West publishing.co.,1977.

144. Parris John, commercial Law, London, 1972.

145. Jowitt (E.), Jowitt's Dictionaryof English Law, second ed., London, Sweet & Maxwell limited, 1981.

146. Kenneth smith & Denis Keenan, English Law, 7th ed., Great Britain, Pitman press1982.

147. Kritzer (Albert H), Guide to Practical application of the United Nations Convention onContracts for the International Sale of Goods, Boston, First ed., 1993.

148. Lando ole, Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. 3, ch. 24, 1976.

149. Lawson (F.H.), Remedies of English Law, First ed., Great Britain Penguin Education Law, 1972.

150. Lawson (F.H.), Amos and Walton's, Introduction to French Law, 3th. ed.,Oxford

at the clarendon Press, 1969.

151. Marsh (P.D.V),Comparative contract Law, England, France, Germany, Gower pub.1993.

152. Martin (Wollf), Private International Law, Oxford university Press, 1974.

153. Mcgregor (Harvey), Mcgregor on damage 13th. ed., London, Sweet & Maxwess,1972.

154. Murray (John Edward), Murray on contracts, 3th. ed., Virginia Michie company,1990.

155. Nicholas (Barry), French Law of contract, london, Butterworths, 1982.

156. Ogus (A.I.), The Law of Damages, First ed., london, Butterworths, 1973.

157. Pollock(S) & Maitland(F.M.), History of English Law, vol. II, 2th. ed, U.S.A.1959.

158. Reese (W.Caseson), Materials on conflict of Laws, 8th. ed., Press, NewYork, 1984.

159. Reynolds (F.M.B.), The common Law Library, 15th. ed., London, Sweet & Maxwell, 1985.

160. Smith and Thomas, A case book on contract, 10th, ed., London, Sweet & Maxwell, 1996.

161. Schaber & Rohwer, Contracts, 2th. ed., London, West publishing co., 1989.

162. Treitel (G.H.), The Law of contract, 9th. ed., london, Sweet & Maxwell, 1995.

163. Tunc (A.) and Salle, International Encyclopedia of camparative Law vol. XI,1976.

164. Walker (David M), The Oxford companion to Law, U.S.A. Oxford university,1980.

165. W.F. Frank, The General priciples of English Law, 6th ed., London, Harrap & Co. ltd., 1975.

166. William Mack, Corpus Juris Secundum (C.J.S.), vol. 17,25, U.S.A.West publish co., 1939.

167. Winfield (Sir Percy Henry) and Jolowicz, On Tort, 12th ed.,London, Sweet & Maxwell, 1984.

Table of Cases

American Bell V. Iran (1984)

Amin Rasheed V. Kuwait Isunance co. (1984)

Amoco International V. Iran (1987)

Ashmore, Benson, Pease co Ltd. V. A.V. Dawson Ltd. (1973)

Bennett V. Bennett

Beswick V. Beswick (1968)

Brace V. Calder

Bridge V. Compbell Discount co. Ltd. House of lords (1962)

British westing house Electric and manufacturing co. V. underground

Electric Railways co. of London (1912)

Chandler V. webster (1909)

Clydebank Engineering and shipbuilding co V. Don Jose Ramos

Yzquierdoycastaneda (1905)

Craddock Bross V. Hunt (1923)

Cutter V. powell (1795)

Denny V. Hancock (1870)

Dunlop pneumatic Tyre Co. Ltd V. New Garadge and motor co Ltd. (1915)

Elphinstone (Lord).V. Monkland Iron Coal co.

Fibrosa spolka Akcyjna V. Fairbairn lawson combe Barbour Ltd. (1942)

Frost V. knight (1870)

Gisbon V. manchester city council (1979)

Goldsall V. Goldman

Hadley V. Baxendale (1854)

Hochster V. de la Tour (1853)

Kembla V. Farren (1829)

Kuenigl V. Donner smark

Kwik Hoo Tont V. James Findlay

Lloyd V. Guibert (1865)

Lound V. Grim wade

Lumely V. Gye (1853)

Maritime National Fish Ltd. V. Ocean Trawlers Ltd. (1953)

Napier V. national Business Agency Ltd. (1951)

Oil Field of Texas V. Iran (1981)

Patel V. Ali (1989)

Pickering V. Ilfra combe Railway co(1868)

Planche V. colburn (1831)

Roberts and co Ltd. V. Leicesttershire c.c. (1961)

Ryan V. Mutral Association (1893)

Steam Nariyation V. shand

Tayler V. caldwell

Tzortazis V. Monark

Victoria laundry Ltd. V. Newman Industries Ltd. (1949)

Whincup V. Hughes (1871)

Woodar Investment Developments Ltd. V. Wimpey construction (U.K.) Ltd. (1980)

واژه‌نامه

AAA = American Arbitration Association	انجمن آمریکایی داوری
Actual or Formal notice	ابلاغ واقعی یا رسمی
Adhoc arbiration	داوری موردی
Agency	نمایندگی
Agreed Dameges Provison	شرط تعیین خسارت (تعیین قراردادی خسارت)
Agreement	توافق
Anticipatory Breach	نقض قبلی
Bank Guarantees	ضمانتهای بانکی
Blue Pencil Rule	قاعده مداد آبی
Breach of Contract	نقض قرارداد
Bribery	رشوه
Chumperty	شرخری
Civil Liability	مسئولیت مدنی
Common law lien	حق حبس حقوقی
Condition Precedent	شرط مقدم
Condition Subsequent	شرط مؤخر
Constructive Condition	شرط قانونی

Constructive notice (Service)	ابلاغ قانونی یا اعتباری
Constructive Service Of Process	ابلاغ قانونی خارجی
Contracts prejudicial to public safety	قراردادهای مغایر امنیت عمومی
Contracts Promoting Sexual Immorality	قراردادهای بی‌عفتی جنسی
Contractual Liability	مسئولیت قراردادی (عهدی)
Contractual obligations	تعهدات قراردادی
Contrats to defraud the revenue	قراردادهای مربوط به فریب دادن مأمور مالیاتی
Criminal Liability	مسئولیت کیفری
Damage	(ضرر و زیان وارده) خسارت
Damages	(مبلغی که به عنوان ضرر پرداخت می‌شود.) تاوان، غرامت
Delictual Liability	مسئولیت خارج از قرارداد (مسئولیت قهری)
Deterioration	فاسد شدنی
Duty to mitigation	وظیفه اقدام برای کاهش خسارت
Equitable lien	حق حبس انصافی
Execution	اجرای تعهد
Explicit Anticipatory Breach	نقض قبلی صریح
Express Condition	شرط قراردادی
Extravagant	گزاف و مبالغه‌آمیز
Extravagant and unconscionable	گزاف و غیرمعقول
Force majeure	فورس ماژور
Foreseeability of harm	خسارت قابل پیش‌بینی
Frustration	(منتفی شدن) عقیم شدن قرارداد
Fundamental Breach of contract	نقض اساسی قرارداد
General Damages	خسارات عمومی
Implicit Anticipatory Breach	نقض قبلی ضمنی
Implied Condition	شرط ضمنی
Impossibility	غیرممکن
Inadequancy of remedy	عدم تکافو خسارت

Institutional arbitration	داوری نهادی
International commercial Arbitration Act of Iran	قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران
Lex loci actus = lex loci contratus	قانون حاکم بر محل وقوع عقد
Lex Promisions demicil	قانون اقامتگاه مدیران
Lien (Right to with hold)	حق حبس
Liquidated Damage	خسارت مقطوع
Lord chancellor	مهردار سلطنتی
Loss of Profit	عدم‌النفع
Maintenance	جانبداری
Maritine lien	حق حبس دریایی
Nominal damages	خسارات اسمی
Obligation	تعهد
Option by Stipulation	خیار شرط
Partitial performance	اجرای بعضی تعهد
Payment	اجرای تعهد
Penal Clause	شرط جزائی
Performance	اجرای تعهد قراردادی
Possessory lien	حق حبس تصرفی
Postal rule	قاعده قبول پستی
Potion of Condition	شرط خیار
Public Service	خدمات عمومی
Punitive Damages	خسارات تنبیهی
Resale	بازفروشی
Resolutory Condition	شرط فاسخ
Right of lien	حق حبس
Severance of Promise	تجزیه‌پذیری تعهدات
Special Damages	خسارات اختصاصی
Specific performance	اجرای عین تعهد

Standby L/C	اعتبارنامه‌های تضمینی
Strict liability	مسئولیت محض یا مطلق
Substituted notice (Service)	ابلاغی داخلی
Suspend the Performance of obligation	حق تعلیق اجرای تعهد
Suspensive Condition	شرط تعلیقی
The house of lords	مجلس اعیان
The Law of Quasi Contract	حقوق شبه قرارداد
The london Court of International Arbitration	دادگاه داوری بین‌المللی لندن
Threatet to decline in value	تنزل سریع قیمت
Tort	شبه جرم
Tortious liability	مسئولیتهای مدنی
U.S. Claims Courts	دادگاههای رسیدگی کننده به دعاوی علیه آمریکا
U.S.Custom Courts	دادگاههای امور گمرکی آمریکا
Usury	رباخواری